

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ

DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR

THAÍS SCHVEITZER

**A CONFISSÃO QUALIFICADA E A CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL RETRATADA
EM JUÍZO: ASPECTOS LEGAIS, DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS
SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DAS SUAS INCIDÊNCIAS NA DOSIMETRIA
PENAL**

Florianópolis – SC

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

THAÍS SCHVEITZER

**A CONFISSÃO QUALIFICADA E A CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL RETRATADA
EM JUÍZO: ASPECTOS LEGAIS, DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS
SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DAS SUAS INCIDÊNCIAS NA DOSIMETRIA
PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
banca examinadora da Universidade Federal de
Santa Catarina como requisito parcial à obtenção
do grau de bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Ph.D. FRANCISCO BISSOLI FILHO

Florianópolis – SC

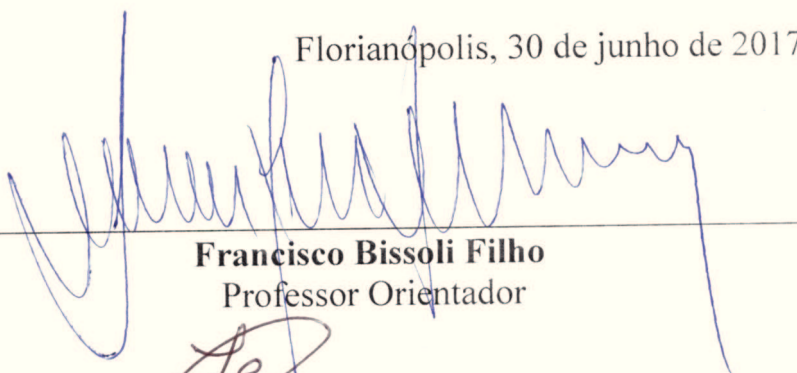
2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

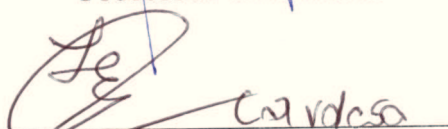
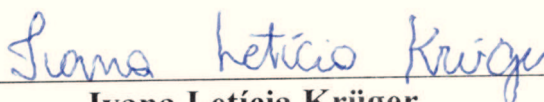
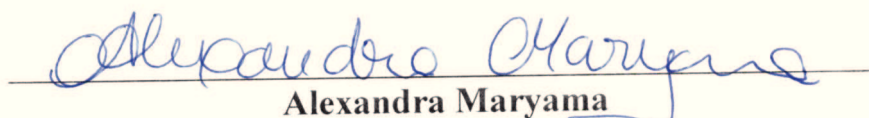
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**A confissão qualificada e a confissão extrajudicial retratada em juízo: aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais sobre a (im)possibilidade das suas incidências na dosimetria penal**”, elaborado pela acadêmica Thaís Schveitzer, defendido em 30/06/2017 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 30 de junho de 2017



Francisco Bissoli Filho
Professor Orientador


Luiz Eduardo Dias Cardoso
Membro de Banca
Ivana Letícia Krüger
Membro de Banca
Alexandra Maryama
Membro Suplente de Banca

AGRADECIMENTOS

Como não poderia fazer de forma distinta, meus primeiros e principais agradecimentos são dirigidos àquele que alimentou meu interesse pela temática penal, por meio de suas aulas de Direito Penal – Parte Geral II, na terceira fase da graduação, e que, carinhosamente, se dispôs a me orientar na realização deste trabalho de conclusão de curso, auxiliando-me de todas as formas para a sua construção: ao Professor Dr. Francisco Bissoli Filho.

A essa altura, posso dizer que tive o privilégio de ser orientada pelo professor da casa que mais dá suporte aos seus orientandos na construção de suas pesquisas e, por isso, permite-lhes fazer trabalhos fidedignos. A efetiva participação do Professor no (longo) processo de construção deste trabalho – desde a escolha dos três temas por quais passei, as céleres respostas aos *e-mails* que lhe mandei, as reuniões marcadas, as correções de cada palavra escrita e das formalidades exigidas num trabalho desta espécie, até às orientações dadas para a apresentação da defesa – mostrou-me a pessoa comprometida, obstinada, sábia, atenciosa e querida que o Professor é. Foi tanto o seu compromisso na construção deste trabalho, que tenho até dúvidas se consegui atender às suas expectativas. Por isso, penso ter o dever de abrir espaço a estes agradecimentos para pedir-lhe desculpas por eventual falha que tenha cometido no decorrer desses três anos de orientação. Certamente, todos os conselhos e chamadas de atenção serão observados na realização de futuros trabalhos bem como auxiliarão na busca do perfeito desenvolvimento da carreira profissional que eu escolher seguir. Obrigada por tudo, Professor Bissoli!

Segundo, agradeço aos meus pais, Nésia e Agostinho, e às minhas irmãs, Jéssica e Bárbara, pelo apoio dado durante a realização deste trabalho, pela compreensão e carinho nos momentos de angústia, normalmente presentes nessa fase, e pelo incentivo em me fazer seguir em frente com o trabalho, com calma e dedicação.

Também, devo gratidão aos meus grandes amigos que fiz e convivi diariamente no decorrer da graduação. Estes acompanharam de perto todas as aflições, sucessos, alegrias e incertezas que tive no período de confecção da pesquisa e me apoiaram, consolaram e animaram sempre que puderam. Só tenho a lhes agradecer por toda força e incentivo dados.

Por fim, manifesto enorme agradecimento a todos aqueles que depositaram confiança em mim para a compreensão da prática jurídica por meio dos estágios. Ao Desembargador Paulo Roberto Camargo Costa, à época Presidente da 3ª Câmara de Direito Comercial do

Tribunal de Justiça de Santa Catarina, e às meninas de sua equipe, pela disposição em me ensinar, mesmo que num curto período, a base processual civil que não havia ainda estudado na graduação. À Desembargadora Marli Mosimann Vargas, à época Presidente da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça Catarinense, e às meninas de sua equipe, por toda a paciência que tiveram de me ensinar a prática penal e processual penal, fazendo crescer meu interesse pela área, bem como nela aprofundar meus estudos. Por fim, com especial apreço, agradeço a todos os membros da equipe da Coordenadoria de Recursos Criminais do Ministério Público de Santa Catarina, onde ora estagio, comandada à época que iniciei pelo então Subprocurador-Geral de Justiça Aurino Alves de Souza, e atualmente dirigida pelo então Procurador de Justiça Jorge Orofino da Luz Fontes, pela experiência prática transmitida. O fato deste órgão de execução do Ministério Público Estadual lidar, dentre outras coisas, com recursos dirigidos às Cortes Superiores de Justiça contribuiu enormemente para a confecção deste trabalho, na medida em que tive maior contato com as teses ligadas ao meu tema. Afora isso, todo carinho oferecido pela equipe, trocas de ideias, ensinamentos, conselhos e momentos de confraternização realizados, permitem-me dizer que sou muito feliz em fazer – e, em breve, ter feito – parte desta segunda família. Obrigada por tudo!

Bem. Cada um dos que me referi nesses singelos agradecimentos contribuiu peculiarmente com o meu crescimento estudantil, profissional e humano. E isso tudo, sem dúvidas, refletiu positivamente na construção deste trabalho. Por isso, muito obrigada a todos!

"Se uma embarcação não sabe aonde quer chegar,
nenhum vento poderá lhe ser favorável."

Lúcio Aneu Sêneca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluna: Thaís Schveitzer

RG: 5.938.935

CPF: 075.006.579-60

Matrícula: 12203791

Título do TCC: **A confissão qualificada e a confissão extrajudicial retratada em juízo: aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais sobre a (im)possibilidade das suas incidências na dosimetria penal**

Orientador: Francisco Bissoli Filho

Eu, **Thaís Schveitzer**, acima qualificada, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 30 de junho de 2017.

Thaís Schveitzer

Thaís Schveitzer

RESUMO

O presente trabalho monográfico fará uma análise acerca da (im)possibilidade da confissão qualificada e da confissão extrajudicial retratada em juízo incidirem como atenuantes genéricas de pena na dosimetria penal. Nesse sentido, explorar-se-á o seguinte problema: existem restrições legais, doutrinárias e jurisprudenciais em relação à incidência da confissão qualificada e da confissão extrajudicial retratada em juízo na dosimetria da pena? Antes de responder ao questionamento, serão expostos aspectos históricos e gerais dessas duas espécies de confissão, assim como apontamentos sobre a dosimetria da pena e sobre a incidência da confissão espontânea neste cálculo. Em seguida, serão apontadas as restrições legais, doutrinárias e jurisprudenciais à aplicação das confissões objeto desse estudo no cálculo da pena e as implicações que a Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça trouxe sobre a aplicação das referidas confissões como atenuantes. E, por fim, demonstrar-se-á, com base na teoria dos direitos humanos, que as confissões extrajudicial retratada em juízo e a qualificada podem atuar no cálculo da pena como atenuantes genéricas, mesmo que, para tanto, sofram um tratamento diferenciado na quantidade ou forma de dosagem de redução da pena em comparação aos demais tipos de confissão.

Palavras-chave: Dosimetria penal. Atenuante genérica de pena. Confissão qualificada. Confissão extrajudicial retratada em juízo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ASPECTOS HISTÓRICOS E GERAIS SOBRE A CONFISSÃO QUALIFICADA E SOBRE A CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL RETRATADA EM JUÍZO	14
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	14
2.2 ASPECTOS GERAIS SOBRE A CONFISSÃO	14
2.2.1 Conceituação de confissão.....	14
2.2.2 Objeto da confissão.....	17
2.2.2.1 <i>No sistema inquisitivo</i>	17
2.2.2.2 <i>No sistema acusatório</i>	18
2.2.2.3 <i>No sistema misto</i>	20
2.2.3 Espécies de confissão	21
2.2.4 Motivos da confissão	23
2.2.5 Meios de obtenção da confissão	27
2.2.6 A retratabilidade da confissão	29
2.2.7 A divisibilidade da confissão.....	31
2.3 A CONFISSÃO NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	33
2.3.1 Aspectos históricos da confissão no direito penal e processo penal brasileiro	33
2.3.2 A natureza da confissão no direito penal brasileiro.....	37
2.4 A CONFISSÃO QUALIFICADA	38
2.5 A CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL RETRATADA EM JUÍZO.....	39
3 A CONFISSÃO ESPONTÂNEA DO AGENTE E A SUA INCIDÊNCIA NA DOSIMETRIA DA PENA	41
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	41
3.2 O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	41
3.2.1 A individualização legislativa.....	45

3.2.2 A individualização judicial	47
3.2.3 A individualização executiva.....	48
3.3 AS ETAPAS DA APLICAÇÃO DA PENA	50
3.4 A DOSIMETRIA PENAL.....	52
3.4.1 O cálculo da pena-base	53
3.4.2 O cálculo da pena provisória	55
3.4.3 O cálculo da pena definitiva	58
3.5 A INCIDÊNCIA DA CONFISSÃO DO AGENTE NA DOSIMETRIA DA PENA COMO ATENUANTE GENÉRICA.....	60
3.5.1 Conceito de atenuantes genéricas	60
3.5.2 Caracterização da confissão espontânea como atenuante genérica	61
4 ASPECTOS ESPECÍFICOS SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DA CONFISSÃO QUALIFICADA E DA CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL RETRATADA EM JUÍZO NA DOSIMETRIA DA PENA.....	65
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	65
4.2 AS RESTRIÇÕES LEGAIS, DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS À INCIDÊNCIA DA CONFISSÃO QUALIFICADA NA DOSIMETRIA DA PENA.....	65
4.2.1 Restrições legais	65
4.2.2 Restrições doutrinárias.....	66
4.2.3 Restrições jurisprudenciais	68
4.3 AS RESTRIÇÕES LEGAIS, DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS À INCIDÊNCIA DA CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL RETRATADA EM JUÍZO NA DOSIMETRIA DA PENA	71
4.3.1 Restrições legais	71
4.3.2 Restrições doutrinárias.....	71
4.3.3 Restrições jurisprudenciais	73
4.4 AS IMPLICAÇÕES DA SÚMULA N. 545 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA INCIDÊNCIA DA CONFISSÃO QUALIFICADA OU RETRATADA EM JUÍZO NA DOSIMETRIA DA PENA	74

4.5 A POSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DA CONFISSÃO QUALIFICADA E DA CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL RETRATADA EM JUÍZO NA DOSIMETRIA DA PENA E A QUANTIFICAÇÃO DA DIMINUIÇÃO DA PENA	80
4.5.1 A possibilidade da incidência da confissão qualificada e da confissão retratada em juízo na dosimetria da pena-base	80
4.5.2 A quantificação ou forma de dosagem da diminuição da pena em face das suas distinções em relação às demais formas de confissão	87
5 CONCLUSÃO.....	92
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	94

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa monográfica tratará de realizar uma análise acerca da (im)possibilidade das confissões qualificada e extrajudicial retratada em juízo incidirem na dosimetria penal como atenuantes genéricas de pena.

A confissão, na seara processual penal, sempre foi alvo de discussão na doutrina e jurisprudência brasileiras, visto que é um meio de prova e defesa altamente desejado, mas que, também, exige uma análise cautelosa. Torna-se altamente desejado, em razão do seu elevado poder de convencimento sobre as pessoas quanto à culpabilidade do agente e do alívio de consciência que traz àqueles que o acusam e julgam. De outra parte, é um meio de prova complexo de análise, visto os fatos contados pelo confitente poderem, ou não, ser verdadeiros ou completos, por fatores internos ou externos de influência.

Uma vez realizada, a confissão poderá ter dois reflexos para o agente confitente: num primeiro momento, um de caráter negativo e, posteriormente, um positivo. O primeiro reflexo é negativo porque, uma vez confessada a autoria do crime, assim corroborada pelos demais elementos de prova colhidos nos autos, haverá maior probabilidade de o agente ser condenado no processo. E o segundo reflexo é “positivo”, pois, de forma a “beneficiar” o réu confitente, a sua confissão deve resultar-lhe a atenuação da pena, conforme ordem expressa do nosso ordenamento jurídico.

Contudo, quanto a este segundo reflexo, havia o entendimento predominante de que a confissão exigida pelo legislador brasileiro para se valer como atenuante de pena deveria ser, além de espontânea, simples e completa, não se valendo para as confissões nas modalidades qualificada e extrajudicial retratada em juízo. Todavia, esse entendimento foi sendo desconstruído, abrindo-se as portas para uma grande divergência de posicionamentos nas cortes de justiça e nos debates doutrinários.

Atualmente, por ser presente uma inconsistência nos posicionamentos dos *experts* da seara criminal sobre o assunto, pensou-se ser necessário que fosse indagado quais restrições legais, doutrinárias e jurisprudenciais (in)existem em relação à incidência das espécies de confissão referidas alhures na dosimetria da pena, assim como até que ponto os argumentos levantados possuem uma fundamentação concreta e tornam-se possíveis de aplicação na prática jurídica.

Para tanto, serão descritos, ao longo da pesquisa, os aspectos gerais relativos à confissão qualificada e à confissão extrajudicial retratada em juízo; a forma como incide a confissão espontânea na dosimetria da pena; e, por fim, os aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais específicos relativos à possibilidade e à impossibilidade da incidência das citadas confissões na dosimetria penal, argumentando-se acerca das correntes mais adequadas, sobretudo em face do enunciado da Súmula n. 545 do Superior Tribunal de Justiça.

A teoria de base será a teoria dos direitos humanos, pois o que se pretende é que não haja restrição à incidência da atenuante da confissão pelo fato de ser esta qualificada ou extrajudicial retratada, uma vez que tal medida implica aumento do poder punitivo estatal pela via da interpretação.

Adotar-se-á o método de abordagem dedutivo, pois, a partir de estruturas mais gerais da confissão e da dosimetria penal, buscar-se-á abordar aspectos mais específicos, elucidando sobre a (im)possibilidade da incidência das confissões qualificada retratada em juízo como atenuantes genéricas na dosimetria da pena. Os métodos de procedimento serão o descritivo e o argumentativo, visto que, no primeiro, segundo e parte do terceiro capítulo deste trabalho será utilizado o método descritivo, enquanto que nos pontos finais do terceiro será utilizado o método argumentativo, discutindo-se qual posição é a melhor a ser adotada. A temática será desenvolvida através da técnica de documentação indireta, envolvendo pesquisas em fontes bibliográficas e em julgados das cortes superiores de justiça e tribunais estaduais e o ordenamento jurídico pátrio.

Para atender os seus objetivos, o trabalho será exposto em três capítulos.

O primeiro capítulo terá como objetivo discorrer, brevemente, sobre aspectos históricos e gerais da confissão, além das particularidades envolvidas nas confissões qualificada e extrajudicial retratada em juízo. Estando o capítulo dividido em quatro itens, o primeiro deles tratará dos aspectos gerais sobre a confissão: seu conceito; seu objeto nos sistemas processuais penais (inquisitivo, acusatório e misto); suas espécies; seus motivos; os meios pelos quais pode ser obtida e, finalmente, o seu caráter retratável e divisível. No segundo item buscar-se-á descrever as disposições jurídicas relacionadas à confissão, inclusive os seus aspectos históricos, bem como a natureza jurídica do instituto. Finalmente, o terceiro e quarto itens ocupar-se-ão das espécies de confissão que serão objeto desta pesquisa, porém sem ainda adentrar na discussão dos seus efeitos na aplicação da pena, o que será objeto dos capítulos 2 e 3.

O segundo capítulo terá como objetivo discorrer sobre a confissão espontânea e as consequências de sua aplicação na dosimetria da pena. Para isso, estará dividido em quatro itens. No primeiro deles, buscar-se-á abordar o princípio da individualização da pena, princípio este norteador da aplicação da pena, nos seus planos legislativo, judicial e executivo. Nos dois itens subsequentes, analisar-se-ão a aplicação da pena e as suas etapas, em especial a dosimetria penal e suas fases, elucidando a forma de realização do cálculo da pena-base, da pena provisória e, finalmente, da pena definitiva do agente condenado. E, por fim, no quarto item, far-se-ão algumas considerações sobre a incidência da confissão espontânea na dosimetria da pena como atenuante genérica.

Finalmente, o terceiro capítulo terá por finalidade traçar os aspectos específicos sobre as possibilidades ou não de a confissão qualificada e da confissão extrajudicial retratada em juízo incidirem na dosimetria penal, atenuando a pena do agente. Dividido em quatro itens, versarão os dois primeiros sobre as restrições que a lei (em sentido amplo), a doutrina e a jurisprudência pátrias apontam para a incidência, respectivamente, da confissão qualificada e da retratada em juízo como atenuantes genéricas. No terceiro momento, por sua vez, tratar-se-á da Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça e da sua influência no tema em questão. Por fim, no quarto tópico, serão apontados os aspectos que possibilitam a incidência das espécies de confissão em comento na dosimetria da pena, bem como a melhor quantificação ou forma de dosagem da diminuição da pena em face das suas distinções em relação às demais formas de confissão.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS E GERAIS SOBRE A CONFISSÃO QUALIFICADA E SOBRE A CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL RETRATADA EM JUÍZO

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente capítulo tem como objetivo discorrer, brevemente, sobre aspectos históricos e gerais da confissão, além das particularidades envolvidas nas confissões qualificada e extrajudicial retratada em juízo. Para tanto, encontra-se dividido o capítulo em quatro itens. O primeiro deles trata dos aspectos gerais sobre a confissão, isto é, do seu conceito, do seu objeto nos sistemas processuais penais inquisitivo, acusatório e misto, das suas espécies, dos seus motivos, dos meios pelos quais pode ser obtida, assim como do seu caráter retratável e divisível. O segundo item busca descrever as disposições jurídicas relacionadas à confissão, inclusive os seus aspectos históricos, bem como a natureza jurídica do instituto. Finalmente, o terceiro e quarto itens ocupar-se-ão das espécies de confissão que serão objeto desta pesquisa, porém sem, ainda, adentrar na discussão dos seus efeitos na aplicação da pena, o que será objeto dos capítulos 2 e 3.

2.2 ASPECTOS GERAIS SOBRE A CONFISSÃO

2.2.1 Conceituação de confissão

Conforme Nucci, confessar, em seu termo usual, é revelar, ou mesmo, reconhecer a verdade de um fato qualquer, prejudicial à pessoa que o admitiu¹. Em termos jurídicos, mais especificamente processuais penais, esse conceito se limita a alguém admitir seu envolvimento em um fato tido como delituoso, do qual é suspeito ou acusado de cometimento. Nas palavras de Greco Filho, “no processo penal, o conteúdo da confissão é

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 81.

exclusivamente o reconhecimento da autoria. A materialidade, por sua vez, deve ser provada por outros meios e em especial pelo exame de corpo de delito”².

Conceituada a confissão, importante esclarecer dois pontos. Primeiro: a confissão difere-se da autodenúncia. Segundo Nucci, a confissão parte de quem já é acusado da prática de algum crime, enquanto que a autodenúncia é feita por quem, antes de estar envolvido em processo ou investigação, portanto sem qualquer suspeita sobre sua pessoa, apresenta-se à autoridade e assume a prática de um delito³. E, segundo: não se confunde a confissão com a delação premiada ou colaboração espontânea prevista em algumas leis (ex.: Lei n. 9.034/95, art. 6º), “situação em que o autor da infração penal, além de confessar a autoria do crime, denuncia os seus comparsas, fazendo jus à redução da pena ou à extinção da punibilidade, conforme previsão na respectiva lei”⁴.

Dito isso, tem-se que a confissão traz como principais consequências, na seara criminal, a possibilidade de ser valorada conjuntamente com o acervo probatório dos autos e, com isso, servir de fundamentação para a sentença condenatória, bem como de atenuar a pena do condenado, caso respeitadas algumas formalidades. Fala-se em “possibilidade” de ser valorada, em virtude de vigorar, em nosso sistema jurídico, o sistema da persuasão racional na apreciação da prova, que, no dizer de Greco Filho, “consiste em o juiz poder apreciar livremente a prova, fundamentando sua decisão, porém, exclusivamente em material constante dos autos”⁵. Portanto, o conjunto probatório é que fará com que o julgador perceba se é verídica a confissão, podendo, se assim for, fundamentar sua decisão condenatória e, conseqüentemente, atenuar a pena do condenado.

Todavia, para efeitos de valoração, não basta, simplesmente, a admissão da autoria do crime de qualquer modo, em qualquer lugar e tempo. Formalidades são exigidas, para que se evitem erros e injustiças para com aqueles que, contrariamente ao instinto de defesa do ser humano, admitem o seu envolvimento em um fato criminoso. Pode-se, então, extrair do seguinte conceito, elaborado por Nucci, elementos essenciais à caracterização e valoração da confissão:

² GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8 ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rossi, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 218.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, 1999, p. 93.

⁴ QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal: parte geral**. 10 ed. rev. ampl. e atual. JusPODIVM, 2014.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, 1999, p. 50-51.

Confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa ou pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso⁶.

Primeiramente, tem-se que a confissão deve ser feita por alguém que seja suspeito ou acusado da prática de um delito. Não havendo imputação, não se pode falar em confissão, no sentido jurídico do termo⁷. Segundo, a confissão deve ser proveniente da livre vontade do agente, isto é, ser realizada voluntariamente⁸, portanto sem qualquer coação física ou psicológica, não devendo ser caracterizada como confissão aquela provocada mediante tortura ou qualquer outro tipo de violência⁹. Ainda, a declaração, além de voluntária, deve ser feita pessoalmente e de forma expressa, não se permitindo ser feita por meio de procuração ou ser considerada implícita ou tácita. Essa manifestação, também, deve ser levada a efeito perante autoridade competente, podendo ser assim considerada autoridades judiciárias – como magistrados –, membros do Ministério Público, delegados de polícia, parlamentares que presidem comissões parlamentares de inquérito e funcionários públicos que conduzem uma sindicância ou um processo administrativo¹⁰. Sobre esse elemento, esclarece Nucci:

A admissão de um fato criminoso, para ser considerada confissão, necessita ser produzida a quem esteja legalmente capacitado a ouvi-la. Chama-se irregularmente de confissão a declaração que o acusado faz a terceiros, longe do recinto próprio. Um preso que admita ao policial que o transporta, por exemplo, que matou a vítima, não está confessando na acepção jurídica do termo, mas somente fazendo uma revelação contrária ao seu interesse. Tanto assim que, não tendo forma legal, esse ato não será considerado confissão; poderá o policial prestar seu depoimento em

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, 1999, p. 80. Partindo desse conceito, alguns doutrinadores consideram a confissão como um testemunho, conforme expõe Nucci, na obra citada: “A confissão não deixa de ser um testemunho, vale dizer, uma declaração acerca de alguma coisa que se viu, ouviu ou conheceu, captada através dos órgãos sensitivos. Mas, trata-se de um testemunho contrário aos interesses de quem o fornece e, especificamente, voltado ao reconhecimento da prática de um delito” (p. 81). Nicola Framarino Dei Malatesta considera, ainda, que a confissão é uma subespécie do testemunho do acusado, o qual, por sua vez, seria uma espécie do testemunho geral (**A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas/SP: Servanda, 2009, p. 177).

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, 1999.

⁸ Entretanto, como se abordará em item próprio, para configurar como atenuante de pena, o Código Penal exige que a confissão seja, também, espontânea, isto é, sinceramente desejada, de acordo com o íntimo do agente.

⁹ Configurar-se-ia, nesse caso, prova obtida por meio ilícito, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio nos termos dos artigos 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988 e 157 do Código de Processo Penal brasileiro. A Lei n. 9.455/97, em seu art. 1º, I, “a”, constitui como crime de tortura todo e qualquer constrangimento feito contra alguém, com emprego de ameaça ou violência, causando-lhe sofrimento físico ou mental, com o fim de obter uma confissão.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, 1999, p. 89. Rogério Greco inclui, ainda, como autoridade competente o Ministério Público, “pois, não raro, nos dias de hoje, o Promotor de Justiça permanece à frente de investigações criminais procedidas em seu próprio gabinete” (**Código Penal: comentado**. 9. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015, p. 213-214).

juízo acerca do que viu e ouviu, mas a prova será testemunhal e jamais confessional¹¹.

Realizada diante de uma autoridade competente, a confissão deve, também, ser declarada em ato solene e público. Refere-se esse momento ao interrogatório do acusado ou outro momento processual em que é chamado, oficialmente, para prestar declarações. Por fim, feita a confissão, deve ela ser reduzida a termo, ou seja, colocada por escrito, não se tratando de confissão, a admissão de culpa feita oralmente, ou, por exemplo, colhida de depoimentos policiais, quando estes afirmam que o suspeito confessou a autoria do crime durante a prisão em flagrante, podendo valer nesses casos, os depoimentos desses agentes estatais, apenas, como prova testemunhal ¹².

À vista disso, para a confissão valer como reconhecimento da culpa e gerar efeitos no campo processual penal e penal, é indispensável a presença de todos os elementos supra expostos. Caso não observado algum deles, essa admissão será considerada somente como prova testemunhal, documental, indiciária ou outra qualquer, mas nunca uma confissão ¹³.

2.2.2 Objeto da confissão

Durante todo o período histórico compreendido entre a Antiguidade e os dias atuais, o valor probatório da confissão tomou contornos diferentes, a depender do sistema processual penal adotado pelo ordenamento de um país. Podendo tanto ser considerada como a “rainha das provas”, como, também, de valor insignificante, convém estudar aqui o objeto da confissão em cada sistema processual penal, isto é, nos sistemas inquisitivo, acusatório e misto.

2.2.2.1 No sistema inquisitivo

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, 1999, p. 83.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, 1999, p. 82-84.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, 1999, p. 85.

O sistema inquisitivo, que dominou as legislações processuais na Europa, entre os séculos XV e XIX, mas que ainda vigora hoje em alguns países não ocidentais, principalmente os de governos teocráticos, é um modelo que se destaca por ser escrito, secreto, sem contraditório e por ter as funções acusatória, investigatória e judicante aglomeradas numa mesma pessoa, o juiz (inquisidor) ¹⁴.

A busca desenfreada pela verdade real dos fatos nesse sistema faz com que a confissão do acusado tenha valor fundamental como prova da autoria do crime e que o tormento, como meio de obtê-la, seja assim permitido. A confissão, no sistema inquisitivo, é considerada a “rainha das provas”, porquanto regido pelo sistema de hierarquia de provas ¹⁵, então, mesmo que sozinha no lastro probatório, mostra-se suficiente para fundamentar um édito condenatório ¹⁶.

Nas palavras de Aury Lopes Júnior, em razão da importância dada à confissão nesse sistema:

[...] o interrogatório era visto como um ato essencial, que exigia uma técnica especial. Existiam cinco tipos progressivos de tortura, e o suspeito tinha o “direito” a que somente se praticasse um tipo de tortura por dia. Se em 15 dias o acusado não confessasse, era considerado como “suficientemente” torturado e era liberado. Sem embargo, os métodos utilizados eram eficazes e quiçá alguns poucos tenham conseguido resistir aos 15 dias. O pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas ¹⁷.

Mas, após um longo período de vigor desse sistema, no século XIX foram surgindo novos postulados de valorização do homem e movimentos filosóficos decorrentes da Revolução Francesa que repercutiam no processo penal, removendo, paulatinamente, as notas características do modelo inquisitivo ¹⁸ e dando início a uma lenta transição para o sistema misto, o qual se estende até os dias atuais.

2.2.2.2 No sistema acusatório

¹⁴ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁵ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**, 2016, p. 102.

¹⁶ No Brasil, o sistema inquisitivo mostrou-se bastante presente enquanto vigoraram as Ordenações do Reino lusitanas. Tal ponto será mais bem abordado em tópico próprio.

¹⁷ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**, 2016, p. 102.

¹⁸ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**, 2016, p. 103.

Ao contrário do sistema inquisitivo, o sistema acusatório caracteriza-se, principalmente, pela separação orgânica entre órgão acusador e órgão julgador e pela presença do contraditório¹⁹.

Nesse sistema, quem exerce a função de acusar não é o juiz, mas sim o Ministério Público e o ofendido (a depender da natureza da ação penal, se pública ou privada, respectivamente), cabendo ao juiz, conforme a análise do conjunto probatório e a sua convicção, somente julgar o feito²⁰. Como elucida Enio Luiz Rossetto, aludindo Manuel da Costa Andrade, “Às partes que cabem [...] a possibilidade e a responsabilidade de investigar e reunir os meios probatórios necessários à decisão da causa. Tudo sob a passividade e neutralidade [melhor aqui falar-se em imparcialidade] do juiz, como mero árbitro”²¹.

Nesse norte, o encargo da prova, nas legislações mais fiéis ao sistema acusatório, é direcionado ao acusador, tendo o acusado direito à ampla defesa, ao contraditório (oportunidade de contrariar a acusação, requerer a produção de provas e recorrer da decisão quando inconformado) e permanecer em silêncio²². Uma vez, então, que é conferida essa “paridade” às partes, a confissão é considerada como um fenômeno raro e contrário à natureza humana, podendo-se sustentar que, nesse sistema, mais fácil é se negar valor de prova à confissão²³.

Em outras palavras, a confissão aqui não ganha tanto peso quando avaliada com as demais provas. Nos interrogatórios, não se procura, por meio de perguntas capciosas, extorquir-se a admissão de autoria do acusado. Ao invés, cabe ao acusador produzir a prova, enquanto que ao acusado o direito de defesa. O acusado, aqui, deve ser respeitado como pessoa.

¹⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**, 2010, p. 56.

²⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**, 2010, p. 56.

²¹ ROSSETTO, Enio Luiz. **A confissão no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 128. Importante ressaltar que há autores, como Greco Filho, que defendem que o sistema acusatório não retira do juiz os poderes inquisitivos referentes à prova e perquirição da verdade, não significando, contudo, o comprometimento da imparcialidade (**Manual de processo penal**, 2010). Por outro lado, outros autores, como Lopes Júnior, sustentam que jamais nesse sistema pode ser atribuído ao juiz poderes instrutórios, pois antecipa a formação de seu juízo, comprometendo o contraditório, a estrutura dialética do processo e sua imparcialidade (**Direito processual penal**, 2016).

²² GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**, 2010.

²³ C. J. A Mittermaier e Nicola F. Dei Malatesta, *apud* Enio Luiz Rossetto (**A confissão no processo penal**, 2001).

O sistema acusatório vigorou predominantemente até o século XII, quando foi sendo paulatinamente substituído pelo sistema inquisitório até sua completa inaplicação no século XV. Nas palavras de Lopes Júnior²⁴:

Essa substituição foi fruto, basicamente, dos defeitos da inatividade das partes, levando à conclusão de que a persecução criminal não poderia ser deixada nas mãos dos particulares, pois isso comprometia seriamente a eficácia do combate à delinquência. Era uma função que deveria assumir o Estado e que deveria ser exercida conforme os limites da legalidade.

Atualmente, em alguns países, como Estados Unidos da América e Inglaterra, as características do sistema acusatório mostram-se bem presentes nas suas legislações. No Brasil, a Constituição Federal demarca o modelo processual acusatório, ao dispor que a acusação incumbe ao Ministério Público, separando as funções de acusar e julgar (artigo 129), e ao definir as regras do devido processo legal (artigo 5º), na garantia do juiz natural e na exigência do contraditório. Alguns autores, como Lopes Júnior, destacam que, em na verdade, o modelo processual penal brasileiro é o inquisitório, pois, além de outras previsões, conferiu ao juiz poderes instrutórios²⁵, ferindo as características basilares do modelo acusatório²⁶. Todavia, o processo penal brasileiro é ainda classificado, por grande parte da doutrina, como misto, sendo explicado na sequência.

2.2.2.3 No sistema misto

O sistema misto nasce com o Código Napoleônico de 1808 e a divisão do processo em duas fases: pré-processual e processual. Cada uma dessas fases se caracteriza por trazer consigo vantagens dos dois sistemas vistos anteriormente. A primeira fase traz particularidades do sistema inquisitivo, como o predomínio do procedimento secreto, escrito e de iniciativa judicial, e a segunda fase virtudes do acusatório, como a oralidade, a publicidade,

²⁴ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**, 2016, p. 97-98.

²⁵ Como se depreende do art. 156 do CPP: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. (**Código de Processo Penal e Constituição Federal**/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 55 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45-46)

²⁶ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**, 2016.

o contraditório, a concentração e a intervenção de juízes populares, numa livre apreciação da prova ²⁷.

No tocante à confissão, não tem ela o caráter de “rainha das provas”, mas também não se torna algo tão distante quanto é no sistema acusatório ²⁸.

E essa é a definição geralmente feita por muitos do sistema brasileiro, por entenderem que a fase pré-processual (inquérito) é inquisitiva e a fase processual acusatória (em razão de o Ministério Público ser o órgão competente para acusar). É o que defende Nucci ²⁹:

No Brasil, sem dúvida, vige o sistema misto, porque há uma fase necessária e preliminar, constituída pelo inquérito policial, onde prevalecem a falta de contraditório, o sigilo, a livre colheita da prova por quem preside a investigação, a falta de publicidade, o procedimento escrito, enfim, um sistema nitidamente inquisitório. Depois, ajuizada a ação penal, há maior vigor o sistema acusatório – que, entretanto, não é puro -, onde impera a igualdade entre as partes, um juiz imparcial, mas que pode buscar provas em nome da verdade real, a publicidade, a oralidade em muitas partes, o contraditório e a ampla defesa.

Feita a análise da confissão nos sistemas processuais penais, passa-se à verificação de suas espécies.

2.2.3 Espécies de confissão

Embora haja diversas espécies de confissão definidas pela doutrina pátria no contexto processual penal, serão aqui destacadas apenas algumas, decorrentes da análise de dois critérios: quanto ao âmbito em que é produzida e quanto aos efeitos por ela acarretados ³⁰.

Quanto ao âmbito em que a confissão é realizada, pode ela ser levada a efeito nos âmbitos judicial ou extrajudicial. Será judicial quando verificada em juízo, após a iniciação de uma ação criminal regular, diante da autoridade judiciária competente para julgar o caso, da acusação e da defesa. Nesse caso tornar-se-á meio de prova hábil à formação da livre convicção do julgador. Por outro lado, a confissão extrajudicial é aquela que, segundo Nucci, realiza-se “em todas as demais oportunidades de investigação de infrações penais, previstas

²⁷ Nucci, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, 1999.

²⁸ Nucci, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, 1999.

²⁹ Nucci, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, 1999, p.

151.

³⁰ Nucci, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, 1999.

em lei, diante de autoridades policiais (Delegados de Polícia), parlamentares (que presidem comissões parlamentares de inquérito) ou administrativas”³¹.

Nas palavras de Sérgio Ricardo de Souza³², a confissão extrajudicial:

Consiste na confissão verificada em âmbito administrativo e sem as garantias do devido processo legal, tendo lugar normalmente durante a fase do inquérito policial ou outros inquéritos ou processos desenvolvidos fora do âmbito processual, mesmo que seja conduzido por autoridade judiciária, como ocorre nos processos disciplinares desenvolvidos nas Corregedorias de Justiça.

É importante destacar que há divergências de pensamentos doutrinários e jurisprudenciais quanto à consideração da confissão extrajudicial como fator probante do crime e, conseqüentemente, de fundamentação de um decreto condenatório. Atualmente, o entendimento que predomina na jurisprudência é o de que o juiz pode formar seu convencimento a partir da confissão feita na fase policial, contudo esse raciocínio é criticado, em razão da confissão realizada na esfera policial ser feita sem a compreensão dos direitos abarcados na fase processual³³.

Dito isso, reitera-se que, caso não realizada a admissão da autoria delitiva diante da autoridade competente, em qualquer das fases processuais, a confissão não se configura. Isso é, se o autor do delito admite a sua participação no crime diante de testemunhas, ou mesmo, por meio de algum escrito público ou particular, por exemplo, não há nesses casos confissão, tratando-se, na realidade, de prova testemunhal e documental, respectivamente³⁴.

Noutro norte, quanto aos efeitos gerados, explica Nucci que a confissão pode ser simples ou qualificada. Será ela simples, quando a autoria do fato criminoso for pura e simplesmente admitida pelo confitente, e qualificada, quando este, além de admitir a autoria delitiva, levanta, em seu favor, alguma circunstância que possa excluir ou minorar o crime ou isentá-lo de algum modo da pena (como ocorre com as excludentes de ilicitude e culpabilidade)³⁵.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão no processo penal**, 1999, p. 89.

³² SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da prova penal constitucional**: incluindo a Lei 12.850/2013 (Lei de Combate às Organizações Criminosas). 2 ed., Curitiba: Juruá, 2014, p. 182.

³³ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**, 2016.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza, **O valor da confissão no processo penal**, 1999.

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza, **O valor da confissão no processo penal**, 1999.

2.2.4 Motivos da confissão

Há vários sentidos para o ato de confessar. Os mais comuns são revelar/reconhecer a realidade de um erro ou de uma culpa, ou, ainda, admitir um equívoco, de forma que é consequencial supor que não faz parte do hábito das pessoas admitir a culpa e assumir diante de terceiros os erros que praticaram. Somente se estivéssemos tratando de uma sociedade evoluída – ética e moralmente falando –, poderia arriscar-se a dizer que a confissão seria um ato natural³⁶. Assim não sendo, observa-se, desde os primórdios da civilização, que admitir erros é um ato contrário ao desejo humano de esconder os próprios defeitos e as ações falhas praticadas, na medida em que tal admissão acarretar-lhe-á um prejuízo. Desde o momento que o homem toma consciência das consequências que seus atos geram, diga-se, desde sua infância, ele caminha na direção de ocultar o mal que faz, seja porque teme represálias da comunidade em que convive, seja porque não adquiriu suficiente base moral para assumir seus atos, ainda que errados ou prejudiciais.

No contexto do processo penal, tal fato não se mostra diferente. A prática jurídica mostra que é comum que o agente alvo de investigação preliminar ou mesmo de processo criminal negue as acusações feitas contra si, mas, também, mostra que não é incomum que o agente ache por bem admitir sua participação na empreitada criminosa.

Contudo, o fato de o investigado ou acusado confessar a autoria delituosa não significa que esteja contando a plenitude dos fatos ou mesmo a veracidade deles. As hipóteses de confissões falsas nos processos criminais não são raras e extraordinárias, mas são difíceis de serem detectadas ou aceitas pelas autoridades.

Nucci esclarece que uma das razões desta conclusão está baseada no fato de que,

[...] como a maioria das confissões feitas na polícia são posteriormente retratadas em juízo, existe o fenômeno de que magistrados e promotores sejam cépticos quanto à retratação verdadeira, vale dizer, tendo em vista que retratações verdadeiras são a minoria, esses profissionais do direito acabam generalizando e deduzindo que todas as confissões feitas na polícia são verdadeiras e todas as retratações em juízo, falsas. É justamente tal postura que leva ao indesejável erro judiciário³⁷.

Portanto, mesmo que, aparentemente, ocorram menos confissões falsas do que verdadeiras nos processos criminais, não há como negar que o índice daquelas primeiras é

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza, **O valor da confissão no processo penal**, 1999.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza, **O valor da confissão no processo penal**, 1999, p. 95.

relevante e que erros judiciais devem ser sempre evitados. Para tanto, as autoridades competentes devem sempre fazer uma minuciosa análise das razões que levaram o acusado a confessar o crime, como exige o Código de Processo Penal brasileiro, nos títulos que falam da prova e do interrogatório do réu. Assim dispõe o artigo 190 desse código penal: “Se confessar [o réu] a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam”.

Nessa toada, há diversos motivos que podem levar alguém a confessar. Tomando como base as classificações de Enrico Altavilla e François Gorphe³⁸, há uma referência de 21 (vinte e um) motivos que levam uma pessoa a confessar, falsamente ou não. Claro, este rol é meramente exemplificativo, podendo existir, na realidade concreta, outros motivos que levem uma pessoa a admitir o crime, contudo serão aqui referidos os mais comuns.

Os três primeiros motivos que podem levar uma pessoa a confessar um crime são, aparentemente, semelhantes entre si, mas não devem ser confundidos. São eles o remorso, o arrependimento e o alívio interior. O primeiro traduz uma sensibilidade emotiva, um sentimento de culpa em relação ao cometimento do crime, que faz o agente sentir-se inquieto e perturbado a ponto de fazê-lo confessar; o segundo motivo traduz uma sensibilidade ética, na qual o autor compreende o aspecto negativo do ato praticado e aceita a sanção a que está sujeito, estando disposto a não mais cometê-lo; e o terceiro está relacionado à sensação de liberdade, de rendição ao “combate” judicial, uma vez que o acusado não suportou o embate para sustentar sua inocência. Em razão do seu alto subjetivismo, difícil é saber se essas razões foram efetivamente as que levaram o confitente a confessar e se a confissão também é verdadeira, cabendo ao juiz descobrir isso por meio da análise do contexto probatório³⁹.

O confitente pode, também, confessar a autoria do crime: 1) pela necessidade de se explicar, sem que, necessariamente, sinta remorso ou arrependido pelo que fez; 2) por interesse próprio, como, por exemplo, ser perdoado de uma dívida ou garantir uma transferência de prisão ou de cela, acordando com autoridades penitenciárias; 3) por lógica, quando o procedimento investigatório ou o processo judicial e as provas neles produzidas fazem o agente perceber que não adianta mais negar o óbvio, razão pela qual passa a admitir o crime, passando, nesses casos, junto com sua defesa técnica, a buscar outras formas de

³⁸ *Apud* Guilherme de Souza Nucci (**O valor da confissão no processo penal**, 1999).

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, 1999, p. 95-98.

diminuir a pena ou de receber algum benefício; 4) por orgulho ou vaidade, quando o agente vê motivo de glória e enaltecimento no seu ato delituoso e quer o reconhecimento público ou das autoridades policiais e judiciárias; 5) por insensibilidade, narrando, natural e friamente, como os fatos criminosos ocorreram, não demonstrando sentimento de afeto; ou 6) por esperança de ter atenuada, ou mesmo medo de ter agravada, a sua reprimenda quando do momento da sua aplicação ⁴⁰.

Também, pode ocorrer de a confissão ser erroneamente realizada no processo penal. Nesse caso, o confitente confessa, com sinceridade, o crime, porém, de forma inexata, por ter uma visão incorreta de como os fatos realmente ocorreram, terminando por se convencer que praticou o delito ⁴¹. Nucci esclarece a confissão por erro com o seguinte exemplo:

Tício, visando a matar Caio, atira contra ele, mas não o acerta. Terceira pessoa, entretanto, atirando no mesmo momento, atinge a vítima desejada. Tício pode confessar ter matado Caio, porque assim lhe pareceu, embora tenha somente ficado na esfera da tentativa. Trata-se de uma confissão causada por erro. De regra é uma confissão falsa ⁴².

Coação e tortura, tanto físicas quanto psicológicas, são, também, motivos que podem levar uma pessoa a confessar um crime, a depender de sua “capacidade” de suportar violências do tipo. Infelizmente, são situações bem comuns de ocorrerem na prática, principalmente policial. E, uma vez que são motivos estritamente relacionados à forma de extração da confissão, serão mais bem abordados em item próprio ⁴³.

Outros dois motivos da confissão, porém não tão comuns de ocorrerem, são a expiação ou o masoquismo, em que o confitente possui o desejo interior de causar a si mesmo o sofrimento ou castigo advindo da condenação criminal, e os distúrbios mentais ou a loucura, em que a pessoa é incapaz de distinguir o certo do errado, o lícito do ilícito ⁴⁴.

O ódio, o instinto de proteção a terceiros, o altruísmo e o forte poder sugestivo de terceiros podem, também, interferir no ato de alguém confessar um crime. Quanto ao

⁴⁰ Nucci, Guilherme de Souza, **O valor da confissão no processo penal**, 1999, p. 98-110.

⁴¹ Nucci, Guilherme de Souza. **O valor da confissão no processo penal**, 1999, p. 106.

⁴² Nucci, Guilherme de Souza. **O valor da confissão no processo penal**, 1999, p. 106.

⁴³ Nucci, Guilherme de Souza. **O valor da confissão no processo penal**, 1999, p. 107-111.

⁴⁴ Nucci, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, 1999, p. 103-104 e 107.

primeiro, pode ele parecer estranho, mas pode ocorrer nos casos em que o agente deseja delatar alguém que ele odeie e, para alcançar tal fim, precisa confessar o crime⁴⁵.

E, por fim, fatores relacionados à religião do confitente podem, também, interferir na sua decisão de confessar. Essa motivação pode ser vista como um misto de arrependimento, remorso e poder de sugestão de terceiro.

Dito isso, é importante salientar que nem todas as justificativas alegadas para a confissão poderão fazer com que esta seja valorada no contexto probatório. Em casos em que se atesta que o confitente possuía um distúrbio mental ou alguma loucura no momento da confissão, essa não deve ser valorada, em razão da alta probabilidade de ser falsa⁴⁶.

Do mesmo modo, visível é que determinadas motivações não serão levadas a conhecimento do magistrado, pelas suas próprias razões, como nos casos de tortura, de coação, de proteção de alguém, nas quais o acusado, por certo, mentirá sobre o teor da confissão. Assim, percebe-se que buscar a veracidade da confissão caso a caso com base nas razões ditas pelo confitente é tarefa bem delicada, pois a probabilidade de ocorrer uma injustiça para com aquele, e, conseqüentemente, para com a sociedade, em razão dela, é grande.

Claro, portanto, é que a confissão não deve ser o elemento chave para se desvendar um crime (atuando o papel de “rainha das provas”), devendo ser confrontada com outras provas produzidas. Contudo, a prática processual penal mostra, claramente, a frequente ocorrência do inverso. Mesmo a pessoa inserida há pouco tempo na prática forense consegue perceber que quando a confissão aparece no processo, esta se torna o elemento central e de maior peso no conjunto probatório. Isso porque a confissão, querendo ou não, traz maior comodidade aos atuantes do processo, seja o magistrado, o acusador ou mesmo a defesa (pensando ter “perdido” o embate jurídico não em razão de sua incompetência), que acreditam, ilusoriamente, que o ser humano se arrepende facilmente e quer expiar no cárcere. Contudo, deve-se agir para que esse conforto não continue circundando as acusações, os pareceres e, principalmente, as condenações⁴⁷. O processo penal lida, diretamente com vidas, de modo ser essencial enxergar o outro como pessoa que é e não como mais um processo, semelhante aos demais.

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão no processo penal**, 1999, p. 104-106 e 112-113.

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão no processo penal**, 1999, p. 107.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, 1999.

Vale a lição de Nucci:

O Estado não se pode conformar em mandar ao cárcere um cidadão inocente, ainda que seja a exceção e, portanto, a minoria dos que são cotidianamente condenados pela justiça criminal. Um sistema judiciário que conviva com injustiças dessa sanha não merece ser chamado de justo. A segurança social não pressupõe a condenação de inocentes e, sim, a reeducação de culpados, para que fiquem isolados do convívio comunitário, até que estejam aptos a respeitar as regras a todos impostas.

Impossível, pois, aceitar o argumento de que a confissão continua sendo a “rainha das provas” (*probatio probatissima*), ou, para Carnelutti, o “princípio da expiação”, mesmo quando realizada em juízo, pois tal concepção é fruto do passado e já deu margem a grandes injustiças, com a condenação, inclusive à morte, de muitos inocentes. Ninguém jamais se esquecerá do procedimento inquisitivo, instaurado pela Igreja romana, na Idade Média, que levou à morte milhões de pessoas, cujo procedimento centralizava-se na obtenção da confissão a qualquer custo. No mínimo, é obrigação dos juízes, na atualidade, refletir: de que adiantou obter tais admissões de culpa, se foram extorquidas pela força ou por meios francamente fraudulentos? De que valeu remeter ao cárcere tantos inocentes, se a única prova era uma confissão falsa? Equívocos do pretérito não merecem ser repetidos no presente.

48

Exposto isso, em estrita relação com os motivos da confissão, passa-se à exposição dos meios de sua obtenção.

2.2.5 Meios de obtenção da confissão ⁴⁹

A confissão, em princípio, é uma forma voluntária de reconhecer a prática de um delito. Contudo, ainda assim, em pleno século XXI, atitudes reprováveis e violentas provindas de quem interroga são frequentemente utilizadas como meios de obtenção da confissão.

Assim, ao lado da falsidade de conteúdo das confissões estão os meios ilícitos de obtenção delas. Em qualquer dessas duas hipóteses não deve a confissão ser considerada como prova.

Sete são os meios ilícitos de extração da confissão: 1) a tortura física; 2) a tortura psicológica; 3) a coação física; 4) a coação psicológica; 5) os meios fraudulentos; 6) os meios científicos e 7) a sugestão ou provocação, nos estados consciente ou inconsciente.

⁴⁸ Nucci, Guilherme de Souza, **O valor da confissão no processo penal**, 1999, p. 182-183.

⁴⁹ Em razão da especificidade na abordagem do conteúdo, utilizar-se-á integralmente, neste item, informações extraídas da obra **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, 1999, p. 114-122, de Guilherme de Souza Nucci.

As torturas e coações, físicas e psicológicas, funcionam ao mesmo tempo como meios de extração da confissão e como motivos da realização dela.

A tortura, em geral, é a forma de extração da confissão mais cruel que pode ser praticada. Em virtude de seu caráter gravíssimo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 considerou o crime de tortura insuscetível de graça ou anistia, além de inafiançável (art. 5º, XLIII). A tortura visa esgotar a capacidade de resistência do suspeito ou acusado, por meio de atos prolongados e sistemáticos, levando-o à confissão por não mais suportar as constantes investidas contra sua pessoa. Pode a tortura ser tanto física quanto psicológica, sendo a primeira aquela que agride a incolumidade física do indivíduo, por meio de ações físicas violentas (choques elétricos, surras, pau-de-arara, etc.) ou de submissão a jejum demorado, falta de sono, luz cegante, entre outros. Já a tortura psicológica, apesar de preservar a integridade corporal do indivíduo, leva-o ao desespero, perturbando-o emocionalmente, ocorrendo normalmente quando o interrogatório é prolongado e repetitivo, durando horas ou mesmo dias, fazendo com que o interrogando atinja o seu limite de tolerância e confesse o que a autoridade que o ouve deseja reduzir a termo.

A coação, por sua vez, é praticada através de um ato isolado e definido no tempo, ao contrário do que ocorre na tortura. Pode a coação ser física, quando há uma agressão isolada capaz, por si só, de gerar a confissão (um tapa desferido violentamente contra o suspeito, por exemplo), e psicológica, quando há a captura ou prisão de um ente querido do suspeito, ameaçando-o de algum mal, fazendo este confessar. Neste último procedimento, Nucci bem observa que, apesar de eficaz, é altamente abusivo, visto que a pessoa detida é inocente e não tem motivo para ter sua liberdade cerceada somente por ser parente ou companheira do suspeito⁵⁰.

Quanto aos meios fraudulentos, diz Nucci que “são todos os métodos clandestinos, onde impera o abuso de confiança e a flagrante má-fé do interrogante”⁵¹. Um exemplo de utilização de meio fraudulento é quando o inquiridor faz crer ao inquirido que já possui contra ele provas suficientes para incriminá-lo, de modo que a confissão somente trar-lhe-ia benefícios. Ou, também, quando o magistrado faz promessas ao interrogando, dizendo que, se confessar, será posto em liberdade, porém se isso não ocorrer, será mantido preso. Em ambos

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão no processo penal**, 1999.

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão no processo penal**, 1999, p. 115.

os casos há o sugestionamento e a pressionamento em cima do inquirido a dar declarações que não faria por iniciativa sua.

Como meios científicos, podem assim ser considerados o hipnotismo (entendido este como “um estado mental, provocado artificialmente, capaz de levar o sujeito a obedecer à sugestão do hipnotizador, ainda que não queira”⁵²), a narcoanálise ou exploração farmacodinâmica (é a utilização do chamado “soro da verdade”, medicamento que cria um estado de inconsciência ou subconsciência, diminuindo a capacidade de autodeterminação e podendo gerar na mente do sujeito um estado fantasioso, alterando a vontade e a verdade. O emprego de injeções de barbitúricos ou outras drogas, capazes de causar um efeito sedativo, de relaxamento, também são atos reprováveis), ou mesmo o colhimento de material genético (DNA) do agente sem o seu consentimento.

Por fim, têm-se as sugestões e provocações no estado de vigília ou de inconsciência. Nesses casos, o interrogando é sugestionado pela autoridade, por meio de instrumentos variados, a admitir o que não quer ou convencer-se de que é culpado, quando na realidade não o é. São casos como esses os que buscam persuadir o réu dizendo que o seu silêncio lhe prejudicará; os que manipulam dados verdadeiros, visando tornar mais grave o delito; os que fazem crer ao acusado que a confissão é o único caminho para amenizar a situação; falsas promessas, etc.

Visto isso, percebe-se que apelar para todos esses procedimentos, a fim de alcançar a *verdade*, certamente é um ato indigno e reprovável, o qual jamais deve estar a serviço da administração da justiça. E somente a recusa pelos magistrados de provas obtidas ilicitamente em compor o corpo de fundamentação da sentença e a responsabilização daqueles que cometeram o ilícito é que desestimularão novos atos dessa natureza.

2.2.6 A retratabilidade da confissão

Como visto anteriormente, a confissão deve ser um ato voluntário, portanto, praticado livremente pelo autor. Contudo, embora de forma voluntária, viu-se que uma pessoa pode, por diversas razões, confessar falsamente a autoria de um delito. Assim, buscando evitar erros

⁵²

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão no processo penal**, 1999, p. 117.

judiciários, o legislador resolveu, por bem, conferir ao confitente a oportunidade de, a qualquer tempo, retratar-se da confissão realizada em momento anterior.

Retratar-se, no campo da confissão penal, nada mais é do que o réu desdizer ou modificar aquilo que foi anteriormente confessado por ele à autoridade competente. Em outras palavras, a retratação da confissão ocorre quando o acusado, após ter confirmado, em um primeiro momento o cometimento do fato delituoso, passa, em momento posterior, a negar essa afirmação, alegando ter sido aquela confissão falsa ou não desejada. Todavia, a retratação somente pode ser reconhecida em juízo, uma vez que o indivíduo, na fase extrajudicial, é ainda objeto de investigação ⁵³.

O art. 200 do Código de Processo Penal brasileiro prevê a retratação do instituto da seguinte forma: “A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto”.

Portanto, pela análise desse dispositivo legal, aufere-se que, uma vez querido pelo réu, não pode o juiz impedir que este se retrate, tendo em vista ser um direito garantido por lei. Todavia, conclui-se pela segunda parte do dispositivo que não é um dever do magistrado acatar esse ato, devendo, ao término da instrução processual, analisar minuciosamente a retratação, avaliando as justificativas do réu e a verossimilhança do desdito com as provas produzidas até então. E, do mesmo modo que pode o juiz não acatar nada do que foi dito na retratação, pode ele acatar a sua totalidade ou somente partes.

Certamente, pode ocorrer que réus se beneficiem do instituto mesmo se retratando de confissões que, com efeito, eram verdadeiras. Contudo, isso não pode justificar a não concessão do direito.

Nucci esclarece a questão:

É certo que algumas confissões verdadeiras, que forem submetidas à retratação, poderão beneficiar acusados que, orientados por seus defensores, resolvam negar a autoria do fato, anteriormente admitida. Entretanto, no contexto da justiça criminal, o Estado não pode fundamentar o cerne das investigações e a segurança das decisões condenatórias sobre a confissão, vale dizer, sobre a palavra do réu. Logo, admitida a hipótese da retratação, caberá ao juiz, ao término da instrução, avaliar a veracidade ou não do desdito do acusado ⁵⁴.

⁵³

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, 1999.

⁵⁴

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão no processo penal**, 1999, p. 127-128.

Desse modo, a retratação é sempre admissível, porém não obrigatoriamente precisa ser acatada pelo juiz, pois este irá proceder a sua confrontação com as demais provas dos autos, concluindo pela sua validade ou não.

2.2.7 A divisibilidade da confissão

Do mesmo modo que a confissão é retratável, ela é divisível, como prevê o art. 200 do Código de Processo Penal, transcrito no tópico anterior. E ser a confissão divisível quer dizer que pode ela ser tomada por partes, a depender da análise das provas juntadas aos autos, que comprovarão ou desmentirão o alegado pelo confitente. Em outras palavras, a divisibilidade possibilita ao juiz aceitar uma parte da admissão feita pelo acusado, rejeitando outra, fazendo isso por meio de coerência e lógica, não se permitindo discricionariedades. Isso quer dizer que, a título de exemplo, o juiz poderá acreditar na versão do réu de que atirou na vítima, mas não se convencer de que ele agiu com a intenção de ferir, e não de matar ⁵⁵.

Claro é que a divisibilidade não comporta problemas no caso em que o delito esteja completamente verificado, subjetiva e objetivamente, por outras provas. Como diz Malatesta:

O problema torna-se vital só quando, sem aquela parte de confissão que se quer verificar como legitimamente probante, não se teria prova suficiente da delinquência; é então que importa saber se e quando na realidade se poderá, legitimamente, utilizar uma parte da confissão e rejeitar outra ⁵⁶.

Portanto, a importância da divisibilidade é mais bem visualizada nos casos onde está presente a confissão qualificada ⁵⁷. Isso porque esta resulta de duas partes: uma que se afirma um elemento qualquer da acusação e outra em que se nega elemento diverso dela ⁵⁸. Nesse caso, o magistrado, por meio da análise do conjunto probatório, poderá utilizar-se de uma parte da confissão qualificada, e rejeitar a outra, para proferir o decreto condenatório.

Ademais, para que a divisão da confissão em duas partes seja legítima, não é suficiente que a parte rejeitada seja contraditada pelas provas e a parte aceita não refutada. A confissão, na realidade, somente pode ser legitimamente dividida quando uma parte sua é contestada

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza, **O valor da confissão no processo penal**, 1999.

⁵⁶ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**, 2009, p. 466.

⁵⁷ A respeito, ver item 2.4.

⁵⁸ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**, 2009.

(reprovada) pelas provas e a outra é confirmada (comprovada). Portanto, não se pode deduzir que a comprovação da falsidade de uma parte leva à verdade da outra, nem mesmo o contrário. Repisa-se:

Para rejeitar como falsa uma parte da confissão, aceitando a outra como verdadeira, é preciso que a primeira seja *combatida* pelas provas e a segunda seja por elas *sustentada*; então são as provas, embora simplesmente indiretas, que dizem: esta afirmação tem a primeira parte verdadeira, e a segunda falsa. E é lógico que se aceite a primeira, se rejeitada a segunda ⁵⁹.

Todavia, importante ressaltar que há casos em que as provas confirmatórias da parte da afirmação que se quer aceitar se apresentam na própria afirmação do acusado, ou seja, o argumento probatório é nascido da própria confissão, mas não é a confissão. Toma-se aqui o exemplo que Malatesta dá em sua obra para ilustrar o caso:

Tício morre, julga-se que de morte natural; é sepultado, sem mais. Caio vem declarar: Tício morreu envenenado por mim com estricnina, mas casualmente. Procede-se à exumação e a perícia do cadáver e se encontra, na realidade, vestígios de envenenamento por estricnina. Prosseguindo com cuidado o inquérito, conclui-se impossível a casualidade. Quanto a pessoa do delincente, ela não se determina por outro caminho ⁶⁰.

Nesse caso, pergunta-se se seria legítima a divisão da confissão, rejeitando-se o testemunho do acusado quanto à casualidade, uma vez combatida pelas provas, e aceitando-se sua declaração quanto ao fato do crime e à determinação do autor.

Percebe-se, então, que, quanto ao fato do envenenamento, este deve facilmente ser aceito, uma vez confirmado pelas constatações materiais. Mas, quanto à determinação do praticante do delito, parece que esta se apoia unicamente na própria declaração do delincente, não havendo outras provas que corroborem essa alegação. Assim, poderia se pensar que, ao se rejeitar a parte da casualidade por ter sido refutada pelas provas, deveria se aceitar a parte da determinação do sujeito somente se confirmada por outras provas. Isso porque, à primeira vista, parece que a autoria do delito somente seria descoberta se realizada a confissão. Contudo, vê-se no caso uma prova distinta da confissão: o indício necessário, derivado do conhecimento do envenenamento em geral e da estricnina em espécie. Em momento algum se falava em envenenamento até que Caio, o verdadeiro envenenador e único sabedor do feito, o falasse. Portanto, extrai-se um argumento probatório nascido da confissão,

⁵⁹

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**, 2009, p. 467.

⁶⁰

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**, 2009, p. 468.

mas que não é a confissão. Esta parte da confissão, portanto, é aceita não por não ter sido contestada, mas porque foi comprovada por um indício necessário ⁶¹.

Assim exposto, passa-se à análise histórica da confissão no âmbito do direito penal e processual penal brasileiro.

2.3 A CONFISSÃO NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

2.3.1 Aspectos históricos da confissão no direito penal e processo penal brasileiro

O Direito brasileiro nasceu das instituições lusitanas, cujas raízes se prendem aos primeiros tempos da monarquia portuguesa, porque Brasil e Portugal formavam um Estado único. Até alguns anos após a Independência, o Brasil utilizou-se, entre outras, das Ordenações Portuguesas, quais sejam, Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603), verdadeiras coleções sistemáticas das leis de Portugal, para aplicar o direito penal e processual penal no seu território.

Quanto às Ordenações Afonsinas e Manuelinas, estas tiveram pouca importância no país, embora, formalmente, tenham vigorado na época das capitanias hereditárias. Quanto às Ordenações Filipinas, estas possuíam papel de maior relevância, uma vez que vigoraram aqui na época da colonização, momento este muito posterior ao descobrimento do país. Porém, nos campos penal e processual penal, em nada se distinguiram das ordenações anteriores, estando as matérias dispostas, em parte, de forma inquisitória e, em parte, de forma acusatória.

A confissão, nessa época, era reconhecida como a “rainha das provas”, sendo o meio de prova mais buscado pelas autoridades. Por ter grande valor probatório, a confissão por si só era suficiente para se proferir um lastro condenatório. Por isso, “se o juiz entendesse provada a acusação ou se da prova extraísse forte presunção de culpabilidade, podia submeter o réu a tormento, meio pelo qual se procurava extrair a confissão” ⁶². Mas, apesar da permissão legislativa em se empregar a tortura para a obtenção da confissão do réu, a essa norma não se

⁶¹ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**, 2009.

⁶² PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. Bauru, SP: Jalovi, 1983, p. 53.

submetiam os fidalgos, cavaleiros, doutores em leis e medicina, juízes e vereadores de tormento, salvo em crimes de lesa-majestade, aleivosia, feitiçaria, sodomia e furto, deixando claro seu caráter seletivo ⁶³.

Greco Filho explica que, “nas vésperas da Independência, por reflexo do movimento liberal europeu, a legislação portuguesa aplicável ao Brasil passa a estabelecer garantias para o acusado, abolindo-se a tortura e certas penas infamantes” ⁶⁴. Então, foi promulgada a primeira Constituição brasileira (1824), seguida de leis que fixaram novas regras para o direito criminal. A referida Carta Magna “estabeleceu preceitos e princípios garantidores de um processo criminal antagônico ao que vigorava no Livro V das Ordenações” ⁶⁵, contendo princípios liberalizantes de caráter processual. Nessa fase, a confissão já não tinha a mesma importância que lhe era conferida nos séculos anteriores, permitindo-se ao réu que apresentasse sua defesa e produzisse provas e se proibindo que este, se submetido a processos que pudessem levá-lo às penas de morte, trabalhos públicos, prisão e degredo, pudesse ser julgado se estivesse ausente.

Inspirado na Constituição de 1824, surgiu o Código de Processo Penal brasileiro em 1832, em que dominava um espírito anti-inquisitorial e liberal ⁶⁶. Este, embora não tenha delimitado um conceito de confissão, determinou, em seu art. 94, os critérios para que a admissão de culpa tivesse valor de prova. Esses critérios se resumiam a que a admissão de culpa fosse feita perante o juiz competente, de forma livre (obtida sem coação ou ameaça), coincidindo com as circunstâncias do fato e que, nos crimes envolvendo morte, a confissão somente poderia sujeitar o acusado à pena de imediato caso não houvesse outra prova que corroborasse a autoria delitiva ⁶⁷. Assim, a confissão extrajudicial e a confissão emprestada de outro processo foram afastadas pelo diploma legal, assim como, sozinha, a confissão não

⁶³ PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru, SP: Javoli, 1980.

⁶⁴ GRECO FILHO. Vicente. **Manual de processo penal**, 2010, p. 67.

⁶⁵ PINHO. Ruy Rebello. **História do Direito Penal Brasileiro: período colonial**. São Paulo, Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973, p. 45.

⁶⁶ GRECO FILHO. Vicente. **Manual de processo penal**, 2010.

⁶⁷ Diz o artigo: “A confissão do réu em Juízo competente, sendo livre, coincidindo com as circunstâncias do facto, prova o delicto; mas, no caso de morte, só póde sujeital-o á pena immediata, quando não haja outra prova” (*sic*) (PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**, 1983, p. 224).

poderia provar o delito ⁶⁸. Do mesmo modo, a referida legislação silenciou a respeito da retratabilidade da confissão.

Em fevereiro de 1891, foi promulgada a primeira Constituição republicana brasileira, na qual foi acrescentado o princípio da ampla defesa e outorgada, implicitamente, aos estados competência para legislar sobre matéria processual (art. 34). Assim, alguns estados se apressaram em elaborar seus códigos processuais penais, enquanto outros preferiram prosseguir com o Código do Processo Criminal de Primeira Instância, com as modificações que haviam se processado, e legislar supletivamente. Quanto à admissão de culpa, a depender da legislação de cada estado, essa deveria cumprir algumas exigências para se configurar juridicamente confissão e se constituir em prova. Mas grande parte dos estados seguia uma linha semelhante, principalmente no tocante à exigência de que a confissão deveria coincidir com as circunstâncias do fato, estas provadas nos autos ⁶⁹.

No âmbito penal, desde a entrada em vigor do Código Criminal do Império, nenhuma legislação havia abordado a confissão em sua redação. Somente em 1940, com o Decreto-Lei n. 2.848, que instituiu o Código Penal brasileiro, que a confissão foi abarcada de alguma forma e, *in casu*, como atenuante de pena, valendo-se como tal a admissão espontânea da autoria do crime ignorada ou imputada a outrem, realizada perante a autoridade (art. 48, IV, “d”, no seu texto original).

Após a promulgação da Constituição de 1934, que pôs fim ao sistema pluralista, ao estabelecer que competia privativamente à União legislar sobre direito processual, adveio o Código de Processo Penal de 1941, no qual foram solidificados alguns princípios e diretrizes significativos, entre os quais o princípio da publicidade e da contrariedade; o abandono da certeza legal e da hierarquia entre provas; o entendimento de que a confissão não é prova plena de culpabilidade, tendo seu valor e das demais provas caráter relativo, e o sistema livre de apreciação da prova. É o que se extrai da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal brasileiro, no item relativo às *Provas*, em que se declara que não há prefixada uma hierarquia de provas, prevalecendo-se o princípio do livre convencimento do magistrado. Especificamente sobre a confissão do acusado, diz a Exposição de Motivos que essa não

⁶⁸ PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas, 1983, p. 224.

⁶⁹ Eduardo Espínola Filho *apud* Enio Luiz Rossetto, 2001. A título de curiosidade, diz também Rossetto que, no Código Judiciário do Estado de Santa Catarina (Lei n. 1.526/1925), a confissão era meio de prova, desde que feita perante autoridade competente, de forma livre, espontânea e expressa, versasse sobre o fato principal e coincidissem com as circunstâncias do fato (art. 2.136).

constitui mais “prova plena de sua culpabilidade”, não tendo valor decisivo se posto em confronto com as demais provas⁷⁰. Nesse mesmo sentido, o art. 197 do referido diploma diz que “o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”. Portanto, a confissão deixou de ser a “rainha das provas”; teve seu valor probatório relativizado; deve ser confrontada com as demais provas produzidas e jamais pode, sozinha, fundamentar uma condenação.

Atualmente, a confissão no Código de Processo Penal (CPP) brasileiro é tema dos artigos 197 a 200, inseridos no Capítulo IV do Título VII (Das Provas) do diploma. O primeiro artigo (197) se refere aos critérios que aferirão o valor probatório da confissão e como será ela apreciada pelo juiz. O dispositivo subsequente se refere ao silêncio do acusado,

⁷⁰ Extraí-se do corpo do texto: VII – O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal. Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença. Não serão atendíveis as restrições à prova estabelecidas pela lei civil, salvo quanto ao estado das pessoas; nem é prefixada uma hierarquia de provas: na livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção. A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído a sua própria consciência. Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social. Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*. Como corolário do sistema de livre convicção do juiz, é rejeitado o velho brocardo *testis unus testis nullus*. Não se compreende a prevenção legal contra a *voix d'un*, quando, tal seja o seu mérito, pode bastar à elucidação da verdade e à certeza moral do juiz. Na atualidade, aliás, a exigência da lei, como se sabe, é contornada por uma simulação prejudicial ao próprio decoro ou gravidade da justiça, qual a consistente em suprir-se o mínimo legal de testemunhas com pessoas cuja inocência acerca do objeto do processo é previamente conhecida, e que somente vão a juízo para declarar que nada sabem. Outra inovação, em matéria de prova, diz respeito ao interrogatório do acusado. Embora mantido o princípio de que *nemo tenetur se detegere* (não estando o acusado na estrita obrigação de responder o que se lhe pergunta), já não será esse termo do processo, como atualmente, uma série de perguntas predeterminadas, sacramentais, a que o acusado dá as respostas de antemão estudadas, para não comprometer-se, mas uma franca oportunidade de obtenção de prova. É facultado ao juiz formular ao acusado quaisquer perguntas que julgue necessárias à pesquisa da verdade, e se é certo que o silêncio do réu não importará confissão, poderá, entretanto, servir, em face de outros indícios, a formação do convencimento do juiz. O projeto ainda inova quando regula especialmente como meio de prova o “reconhecimento de pessoas e coisas”; quando estabelece a forma de explicação de divergência entre testemunhas presentes e ausentes do distrito da culpa; e, finalmente, quando, ao regular a busca, como expediente de consecução de prova, distingue-se em domiciliar e pessoal, para disciplinar diversamente, como é justo, as duas espécies (Texto disponível em: http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf).

do qual não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz. Aqui, ressalva-se, a leitura do artigo deve ser ajustada aos termos da Constituição Federal de 1988 e da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada, pelo Brasil, em 1992, visto que novos direitos e garantias foram assegurados por estes diplomas à pessoa humana. Nesse sentido, o artigo 198 do CPP deve, em parte, ser considerado inconstitucional, porque, ao dispor em sua redação que o silêncio do réu pode constituir elemento de convencimento do juiz, essa premissa vai de encontro à garantia conferida pela Constituição e pela referida carta internacional do direito ao silêncio. Assim, o silêncio não pode prejudicar, em nenhuma hipótese, o réu, e tampouco pode ser utilizado como elemento para o convencimento do juiz ⁷¹. Dando continuidade, o art. 199 se refere à exigência de se tomar por termo nos autos a confissão, quando realizada fora do interrogatório. E, por último, o art. 200 declara o caráter divisível e retratável da confissão, alertando sobre a não prejudicialidade do livre convencimento do juiz, conforme a apuração das provas em conjunto.

Enquanto isso, na seara penal, o Código Penal brasileiro de 1940, vigente atualmente, sofreu alterações em sua redação e estrutura. Dentre essas modificações, a que mais se mostra relevante para este trabalho foi a realizada pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, que, reformando a Parte Geral do diploma penal, passou a inexigir, para a configuração da confissão como atenuante genérica de pena, que a autoria do crime seja desconhecida ou imputada a outra pessoa. É o que se depreende da leitura do atual art. 65, III, “d”, do diploma penal: “Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...] III - ter o agente: [...] d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; [...]”⁷².

Assim, vê-se que a confissão, atualmente, é considerada uma atenuante genérica de pena e de aplicação obrigatória. Todavia, pairam na jurisprudência e na doutrina brasileiras discussões acerca de sua incidência na dosimetria, quando realizada na forma qualificada e/ou retratada em juízo. É o que se buscará expor no terceiro capítulo deste trabalho.

2.3.2 A natureza da confissão no direito penal brasileiro

⁷¹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**, 2016.

⁷² BRASIL. Decreto-Lei n 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 7 dez. 2015.

Quanto à natureza da confissão, esta é comumente considerada um meio de prova, uma vez que se trata de um instrumento disponível para o julgador chegar à verdade dos fatos e, conseqüentemente, ao seu veredicto ⁷³, bem como pela posição topográfica por ela ocupada dentro do Código de Processo Penal atual, no capítulo referente às *Provas* ⁷⁴. Todavia, defende-se aqui o caráter híbrido da confissão, classificando-a, concomitantemente, como meio de prova e meio de defesa, uma vez que o réu, no momento em que confessa a autoria do delito a ele imputado, pode fornecer informações que auxiliam na elucidação do crime, trazendo ou corroborando elementos de prova dos autos, bem como exercer a autodefesa, explicando as razões da conduta delitiva, alegando excludentes de ilicitude ou culpabilidade.

2.4 A CONFISSÃO QUALIFICADA

Como visto em item anterior, a confissão qualificada é uma das espécies de confissão que podem ser realizadas pelo acusado durante o processo. Diferente da confissão simples, em que o réu admite a autoria do delito sem qualquer acréscimo, a confissão qualificada é caracterizada por, ao admitir a prática delitiva, o réu alegar, em seu favor, circunstância especial que possa excluir ou minorar o crime ou isentá-lo da pena (como excludentes de ilicitude e de culpabilidade)⁷⁵.

A título de exemplo, considera-se confissão qualificada quando o réu, suspeito de ter cometido o crime de homicídio, admite ter matado a vítima, porém em legítima defesa. Ou, também, quando o agente, acusado de ter praticado o delito de roubo, confirma ter subtraído a coisa objeto do crime, porém sem o emprego de ameaça ou violência a pessoa.

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, 1999. Nesse mesmo sentido, C. J. A. Mittermaier (**Tratado da prova em matéria criminal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemert, 1879, v. 2) e Camargo Aranha (**Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006). Em sentido contrário, Ricardo de Souza (**Manual da prova penal constitucional**: incluindo a Lei 12.850/2013 (Lei de Combate às Organizações Criminosas), 2014) e Greco Filho (**Manual de processo penal**, 2010), para os quais a confissão não é um meio de prova, mas sim a própria prova. O interrogatório ou a audiência em que se lavra um termo (pelo aparecimento espontâneo do acusado) é que são meios de prova, de onde pode ocorrer a confissão.

⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, 1999.

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão no processo penal**, 1999.

Há autores, como Camargo Aranha ⁷⁶, que não consideram a confissão qualificada verdadeiramente uma confissão, por não desfavorecer o confitente. Não se mostra totalmente correta essa posição, uma vez que se deve levar em conta o caráter de divisibilidade da confissão. Como abordado em subitem próprio (2.2.7), a divisibilidade permite que o juiz, a partir da análise do conjunto probatório, acolha ou não a alegação do confitente que exclua a ilicitude da conduta ou a sua culpabilidade. Ou seja, o magistrado poderá, por meio da análise do conjunto probatório, entender ser verídica a versão do réu de que atirou na vítima, mas que não restou comprovada a legítima defesa, por exemplo. Logo, terá havido a confissão e nem por isso ocorrerá algum benefício ao acusado. Destarte, a confissão qualificada é, sim, uma espécie de confissão ⁷⁷.

A confissão qualificada, no contexto do ônus da prova, deve ser encarada como sendo divisível, cujo ônus de provar o fato benéfico cabe ao réu. Contudo, deve este contar com o princípio da inocência, ou seja, caso o acusado consiga provar parcialmente a excludente de ilicitude ou de culpabilidade alegadas, e havendo dúvidas da existência delas, não deve o julgador deixar de considerá-la em seu favor ⁷⁸.

E, ao passo em que essa espécie de confissão pode ser verificada na admissão do crime e a sua parte que corrobora o demonstrado pelas provas pode integrar a fundamentação da condenação do réu, grande discussão sobre seus efeitos na aplicação da pena, diga-se, como atenuante genérica de pena, surge na doutrina e na jurisprudência pátria. A esse respeito, será tratado em capítulo próprio, a fim de se verificar a possibilidade ou não da incidência dessa espécie de confissão na aplicação da pena.

2.5 A CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL RETRATADA EM JUÍZO

Do mesmo modo que a confissão qualificada, a confissão extrajudicial configura uma das espécies de confissão, entretanto, referente ao âmbito em que ela é produzida. Como visto alhures, a confissão extrajudicial é aquela verificada no âmbito administrativo, perante autoridade policial ou outra diversa da judiciária, e sem as garantias do devido processo legal.

⁷⁶ ARANHA, Camargo. **Da prova no processo penal**, 2006.

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão no processo penal**, 1999.

⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão no processo penal**, 1999.

Noutro norte, retratar a confissão é o ato de retirar, a qualquer tempo, a confissão feita em momento anterior, seja na fase pré-processual, seja na fase judicial ⁷⁹.

Sendo assim, unindo esses dois conceitos, a confissão extrajudicial retratada em juízo se configura quando o agente, na fase judicial, nega (total ou parcialmente) a prática do crime anteriormente admitida na fase policial.

A retratação pode ser exemplificada nos casos em que um acusado pelo crime de homicídio admite, na delegacia de polícia, ter atirado na vítima com *animus necandi*, porém, na fase judicial, diz que não atirou, ou que atirou, mas para apenas lesionar a vítima, e não matá-la.

Reitera-se que a retratabilidade da confissão está prevista no artigo 200 do Código de Processo Penal pátrio, o qual dispõe: “A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto”.

Portanto, da leitura do referido dispositivo, depreende-se que a retratação não provoca, necessariamente, a anulação da confissão anteriormente feita, cabendo ao julgador valorar ambas, confissão e retratação, conforme a análise das demais provas.

Para Lopes Júnior, somente a confissão realizada em juízo pode ser utilizada no julgamento do réu em conjunto com as demais provas. Assim, nas palavras desse autor, se realizada a confissão na fase policial, e posteriormente, em juízo, retratação dela, não há confissão. Todavia, como esse próprio doutrinador adverte, o entendimento majoritário da jurisprudência brasileira é no sentido de se admitir a confissão feita na fase policial como elemento de formação de convencimento do juiz ⁸⁰.

Nesse contexto, assim como ocorre com a confissão qualificada, grande discussão gira em torno da confissão extrajudicial retratada em juízo, quando se analisa na aplicação da pena a possibilidade ou não de sua incidência como atenuante. É o que se abordará em capítulo apropriado.

⁷⁹

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**, 2010.

⁸⁰

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**, 2016.

3 A CONFISSÃO ESPONTÂNEA DO AGENTE E A SUA INCIDÊNCIA NA DOSIMETRIA DA PENA

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O capítulo em tela tem como objetivo discorrer sobre a confissão espontânea e as consequências de sua aplicação na dosimetria da pena. Para isso, encontra-se dividido em quatro itens. No primeiro deles, busca-se abordar o princípio da individualização da pena, princípio este norteador da aplicação da pena, analisando-se as etapas legislativa, judicial e executiva nele envolvidas. Nos dois itens subsequentes, analisar-se-ão a aplicação da pena e suas etapas, em especial a dosimetria penal e suas fases, elucidando a forma de realização do cálculo da pena-base, da pena provisória e, finalmente, da pena definitiva da pessoa condenada. E, por fim, o quarto item ocupar-se-á de tecer algumas considerações sobre a incidência da confissão espontânea na dosimetria da pena como atenuante genérica.

3.2 O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Assim como são os princípios da humanidade, da legalidade, da fundamentação da pena, da lesividade, da intervenção mínima, da culpabilidade, da proporcionalidade e da presunção de inocência, o princípio da individualização da pena é um princípio constitucional aplicável às sanções penais, com vistas à sua limitação⁸¹.

Referidos princípios limitadores partem de duas premissas: 1) de que a interpretação das normas relativas à imposição penal deve ser realizada de forma a se aplicar a alternativa que mais estenda a fruição e o exercício de um direito, liberdade ou garantia; 2) e a partir da “máxima efetividade redutora”, isto é, de uma percepção realista e estrutural do sistema penal, substituindo sua essência informadora por um conteúdo material e de eficaz atuação normativa em amparo aos direitos fundamentais e à empreitada redutora de danos. Acabam

⁸¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 57-114. Para saber mais sobre os princípios citados, consultar a obra referenciada.

servindo, desse modo, de verdadeiro escudo discursivo em oposição à habilitação desmedida do poder punitivo e à violação sistemática dos axiomas pelo sistema penal ⁸².

A preocupação com a individualização da pena começou no marco histórico do iluminismo (séc. XVIII), com a Escola Clássica, após um longo período marcado pela execução arbitrária de desproporcionais castigos aplicados diretamente sobre o corpo dos condenados. O ideal burguês da busca pela igualdade, com a invocação da abstração do ser humano, demonstrou a necessidade de se abstrair, também, a pena, ajustando essa ao indivíduo, conforme o desvio de sua conduta, viabilizando o desejo de punição dos infratores da lei com a “humanização” dos castigos ⁸³. A perspectiva clássica vislumbrava como imperativa a preponderância de aspectos objetivos, ligados ao fato delitivo em si.

Posteriormente, na segunda metade do século XIX, buscando contornar a mecanicidade da individualização clássica da pena, veio ao auge a Escola Positiva, que teve como foco a pessoa do sentenciado (“homem delinquente”) e buscava estabelecer suas diferenças tipológicas e sua personalidade perigosa ⁸⁴, sendo reconhecidas como essenciais as necessidades preventivo-especiais da pena ⁸⁵.

E, tomando como base as diretrizes da Escola Positiva, alguns autores da época, como Raymond Saleilles ⁸⁶ e Enrico Ferri ⁸⁷, desenvolveram fundamentos da individualização penal, bem como distinguiram diversos planos, classes ou momentos que a mesma deverá ser realizada ⁸⁸.

Nesse sentido, Saleilles, “um dos primeiros pensadores a expor, de forma sistematizada, a individualização das sanções penais” ⁸⁹, conceituou esta em termos que norteiam os modelos jurídicos ocidentais na forma de administrar a economia do castigo e que resumem a opção racional moderna no método de punir.

⁸² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**, 2015, p. 57-60.

⁸³ MACHADO, Vinícius da Silva. **Individualização da pena: o mito da punição humanizada**. Florianópolis: Editora Modelo, 2010, p 29-30.

⁸⁴ BISSOLI FILHO, Francisco. **Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais**. Florianópolis: Habitus, 2016, p. 125-126.

⁸⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**, 2015, p. 108.

⁸⁶ SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. Tradução de Thais Amadio. São Paulo: Rideel, 2006.

⁸⁷ FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. 2. ed. Campinas: Bookselles, 1999.

⁸⁸ BISSOLI FILHO, Francisco. **Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais**, 2016, p. 129.

⁸⁹ BISSOLI FILHO, Francisco. **Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais**, 2016, p. 129.

Colhe-se da obra intitulada *Individualização da pena*, do referido professor parisiense, o seguinte conceito de individualização da pena:

Portanto, cada pena deve ser apropriada ao seu fim, para que produza o maior efeito possível. Não cabe fixá-la de antemão de um modo estrito e rígido, nem regulá-la legalmente de um modo invariável, já que o fim da pena é individual e deve ser obtido pelo emprego de uma política especial adequada às circunstâncias, mais que pela aplicação de uma lei puramente abstrata, ignorante com relação às espécies e casos que lhe forem submetidos. [...]

Se, pois, olharmos assim para a pena, em seu fim, considerando o futuro e para a realização de um fim, é preciso que essa pena se adapte à natureza de quem ela recairá. Se o criminoso não está de todo pervertido, é necessário que a pena não contribua para pervertê-lo mais; é necessário que o levante e o ajude a reabilitar-se, e se o criminoso é incorrigível, é necessário que a pena seja contra ele e, em proveito da sociedade, uma medida de defesa e preservação radicais.

Essa adaptação da pena ao indivíduo é o que hoje se chama de individualização da pena ⁹⁰.

Nessa toada, o professor também contribuiu para a Escola Positiva ao separar a individualização da sanção penal em três classes: legal, judicial e administrativa (ou também chamada de executiva) ⁹¹. Resumidamente (pois o ponto será aprofundado nos próximos subitens), essas três classes da individualização compreendem, respectivamente: a delimitação das espécies delituosas e seus respectivos preceitos sancionadores pela norma legal; a aplicação da pena prevista na primeira etapa ao caso concreto, considerando-se a gravidade do delito, a culpabilidade do réu e a sua periculosidade; e, por fim, o cumprimento pela pessoa condenada da pena fixada na segunda etapa, respeitando-se a diferenciação, a classificação, a progressão e o procedimento de seleção ⁹².

A partir disso, passou-se a se buscar uma conciliação das heranças deixadas pelas duas correntes político-criminais. Privilegiou-se uma percepção de que apenas com a imposição de uma pena exata, na correlação entre o fato criminoso e a essência do agente delitivo, é que o direito punitivo cumprirá plenamente sua missão. Isto é, individualiza-se, e não se padroniza, a pena porque cada indivíduo é único e cada fato se insere numa multiplicidade de singularidades próprias e delimitadas num contexto excepcional.

Nesse cenário, válida se mostra a lição de Rodrigo Roig:

A função individualizadora da pena privativa de liberdade advém da inevitável inaptidão do arcabouço normativo no sentido de abarcar pormenorizadamente todas as possíveis situações fáticas capazes de influir na quantificação penal. Confere-se, portanto, ao magistrado o poder de atribuir concretude à abstrata hipótese legal,

⁹⁰ SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**, 2006, p. 31.

⁹¹ BISSOLI FILHO, Francisco. **Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais**, 2016, p. 129.

⁹² BISSOLI FILHO, Francisco. **Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais**, 2016, p. 127.

evitando-se por um lado o engessamento da função judicial, sem a fixação de contornos democráticos à sua atividade.⁹³

Em outras palavras, individualizar é “conectar o fato praticado – o delito concretizado (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) – com o seu autor, atentando-se particularmente para a singularidade do sujeito, suas condições pessoais e características especiais, que fazem dele o autor concreto de um fato definido como crime”⁹⁴. Portanto, a individualização da pena é essencial para garantir a justa fixação da sanção penal.

Nesse sentido, o princípio da individualização da pena possui grande importância, sobretudo nos Estados democráticos de direito⁹⁵. No ordenamento jurídico-penal brasileiro, houve a recepção desse princípio como direito fundamental por meio do art. 141, parágrafo 29, da Constituição Federal de 1946, que assim dispunha: “A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu”⁹⁶. Atualmente, o princípio está contido no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, que dispõe: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”⁹⁷, dando ao legislador infraconstitucional a tarefa de detalhar o modo pelo qual se fará a individualização.

Todavia, uma vez que a lei infraconstitucional não consegue prever uma pena exata para todos os tipos de situações e de pessoas, mostrando-se, assim, uma exceção do princípio da legalidade, a individualização da pena somente se mostra constitucional quando operada em sentido redutor e nunca de modo desfavorável ao acusado.

Nesse contexto, transcreve-se a seguinte exposição de Rodrigo Roig:

O princípio da individualização parte do pressuposto de que a vagueza presente no art. 59 do CP⁹⁸ e nas demais normas de aplicação de pena é atentatória ao princípio

⁹³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**, 2015, p. 107.

⁹⁴ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 483.

⁹⁵ BISSOLI FILHO, Francisco. **Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais**, 2016, p. 125.

⁹⁶ BISSOLI FILHO, Francisco. **Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais**, 2016, p. 148.

⁹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 nov. 2016.

⁹⁸ Diz o dispositivo legal: O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade

da legalidade, uma vez que não pode haver pena, nem seu incremento, sem lei estrita. Essa constatação, atrelada ao dever constitucional de minimização da afetação individual, conduz à conclusão de que a individualização da pena, especialmente veiculada através do art. 59 do CP, somente se mostra constitucional quando operada em sentido redutor. De forma mais objetiva, é possível afirmar que a individualização da pena representa uma excepcionalização do princípio da legalidade, e como tal não pode ser empregada de modo contrário ao acusado, seja pelo aplicador ou pelo intérprete da lei ⁹⁹.

Vale lembrar, aliás, que a individualização da pena não significa, única e tão somente, a escolha do *quantum* a ser aplicado. Também se inclui a escolha do regime de seu cumprimento (aberto, semiaberto ou fechado), a aplicação de eventuais benefícios legais, como, por exemplo, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou multa, e, ainda, a possibilidade de se aplicar a suspensão condicional da pena. Sem contar a fase posterior a isso, a execução penal, na qual, depois de fixada a pena na sentença condenatória, com trânsito em julgado, torna-se essa flexível, conforme o progresso auferido pelo condenado durante seu cumprimento ¹⁰⁰.

Exposto isso, passa a se expor as três etapas que compreendem a aplicação das sanções penais e que cumprem o dever jurídico-constitucional de individualização da pena e de minimização da afetação do indivíduo.

3.2.1 A individualização legislativa

Da interpretação do art. 5º, inciso XLVI, da CRFB/88, anteriormente visto, pode-se concluir que o primeiro momento da individualização da pena ocorre com a seleção feita pelo legislador infraconstitucional das condutas que compreende mais lesivas aos bens jurídicos que busca preservar, tipificando-as e, por sua vez, prevendo os tipos de sanções e suas quantidades, além de “prever institutos, circunstâncias, regras e critérios que devem ser observados na aplicação e na execução da pena” ¹⁰¹. Esta fase seletiva da sanção aos tipos

aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL, Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, **Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 out. 2016.

⁹⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**, 2015, p. 109.

¹⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 194-195.

¹⁰¹ BISSOLI FILHO, Francisco. **Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais**, 2016, p. 149.

penais e do estabelecimento de regras à sua execução, em um plano abstrato e normativo, chama-se *cominação da pena*.

Conforme Greco, na fase legislativa “cabe ao legislador, de acordo com um critério político, valorar os bens que estão sendo objeto de proteção pelo Direito Penal, individualizando as penas de cada infração penal de acordo com a sua importância e gravidade”¹⁰². Por exemplo, o bem da vida deve ser protegido de forma mais eficaz que o bem de caráter patrimonial, cominando-se àquele uma sanção mais rigorosa; do mesmo modo, um delito praticado dolosamente deverá ter sua pena maior do que aquele que culposamente o fez, entre outras situações.

Contudo, vale lembrar que a atividade legislativa vai além de fixar em bases mínimas e máximas o grau da reprovação objetiva do fato. Aqui, o legislador também estabelece acréscimos e decréscimos legais em atenção a determinadas circunstâncias (atenuantes e agravantes) que estejam presentes no crime, bem como majorantes e minorantes, também conhecidas como causas especiais de aumento e diminuição de pena, previstas na Parte Geral e Especial do Código Penal, que implicarão na operação do cálculo da sanção a ser tornada definitiva¹⁰³. Enfim, estabelece o legislador os regimes de cumprimento de pena cabíveis e benefícios, como é o caso dos institutos desprisonalizadores (substitutos penais e suspensão condicional da pena), se atendidos determinados requisitos.

A forma por meio da qual a cominação se realiza está prevista no devido processo legislativo. Nesse sentido, destaca-se a lição de Bissoli Filho:

A cominação se realiza no âmbito legislativo, por meio da lei penal estrita, escrita, certa e prévia, uma vez que se regula pelo princípio da legalidade penal, previsto no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal. No Brasil, essa é uma competência privativa do Congresso Nacional, porquanto prevista no artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, que pode, no entanto, conforme dispõe o parágrafo único desse mesmo artigo, por meio de lei complementar, delegar aos estados-membros a elaboração da lei penal em questões específicas¹⁰⁴.

Por fim, ressalta-se que, nessa fase, “as sanções penais prometem cumprir, sobretudo, a função de prevenção geral negativa, ou seja, de dissuasão ou coação psicológica (Feurbach) e, também, de aprendizagem (Roxin)”¹⁰⁵. Porém, insistindo o agente em cometer um ato legalmente considerado ilícito penal, incidirá nas sanções a este cominadas, havendo, por sua

¹⁰² GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 74.

¹⁰³ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**, 2016, p. 484.

¹⁰⁴ BISSOLI FILHO, Francisco. **Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais**, 2016, p. 149.

¹⁰⁵ BISSOLI FILHO, Francisco. **Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais**, 2016, p. 151.

vez, a fixação da pena concreta pelo magistrado, na chamada fase judicial de individualização da pena, abordada na sequência.

3.2.2 A individualização judicial

Posteriormente à individuação legislativa, toma contornos a individuação judicial ou de aplicação da pena, cuja forma por meio da qual se realiza é o processo penal, cujo ponto culminante é a sentença penal condenatória ¹⁰⁶.

Na fase em testilha, ocorrerá a “adaptação da sanção penal ao fato criminoso ou contravencional concreto e ao seu autor ou partícipe, que se realiza no âmbito judicial, mais especificamente no momento da prolação da sentença penal” ¹⁰⁷. Diga-se, após o julgador ter chegado à conclusão de que o fato praticado é típico, ilícito e culpável, dirá qual infração penal fora cometida pelo agente acusado e individualizará sua pena, aplicando-a com base nos comandos traçados pelo Código Penal, nos artigos 59 a 76 ¹⁰⁸.

Nas palavras de Vinícius da Silva Machado,

a individualização judicial da pena representa o momento em que o juiz, após detectar provas de autoria e de materialidade do delito imputado ao réu, decide condená-lo e aplicar-lhe uma sanção penal legalmente prevista e apta a reprovar e a prevenir a conduta antissocial perpetrada. Para tanto, utiliza-se de uma operação matemática que exige a ponderação das circunstâncias que envolveram o fato criminoso e dos caracteres individuais do condenado. ¹⁰⁹

Portanto, durante toda essa operação matemática a que o doutrinador se refere e que será objeto de estudo do próximo item deste trabalho, será observada a individualização da pena, amoldando-se esta da melhor forma ao tipo de infração e às particularidades do condenado.

¹⁰⁶ BISSOLI FILHO, Francisco. **Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais**, 2016, p. 153.

¹⁰⁷ BISSOLI FILHO, Francisco. **Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais**, 2016, p. 151.

¹⁰⁸ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**, 2014, p. 74.

¹⁰⁹ MACHADO. Vinícius da Silva. **Individualização da pena: o mito da punição humanizada**, 2010, p. 107-108.

Ainda, após aplicar o *quantum* da pena, em se tratando de pena privativa de liberdade, o magistrado deverá fixar o regime de cumprimento dela aplicável – aberto, semiaberto ou fechado –, devendo obedecer às diretrizes traçadas pelo art. 33 do CP ¹¹⁰.

E, finalmente, deverá o juiz analisar eventual aplicação de benefícios/direitos que o sentenciado tem, como são a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44 e 60, § 2º, do CP) e/ou multa e a aplicação da suspensão condicional da pena (art. 77 a 79 do CP) ¹¹¹.

Frisa-se que em todas essas etapas deverá o juiz motivar suas decisões e deliberações tomadas, conforme determinação de índole constitucional (art. 93, IX, da CF ¹¹²).

Quanto a esse dispositivo constitucional, diz Eugênio Pacelli:

Referida norma, à evidência, presta-se a conferir maior grau de racionalidade à função jurisdicional, na medida em que a exigência de fundamentação não só impõe ao magistrado a declinação de suas razões jurídicas para uma ou outra opção decisória, mas também permite às partes o controle dessa escolha, pela via recursal. Decisões não fundamentadas tendem ao arbítrio, ao menos em linha de princípio. O grau ou a extensão e a profundidade da fundamentação dependerão da natureza da matéria a ser decidida. ¹¹³

Por fim, tem-se que, nessa fase da individualização penal, “as sanções penais prometem cumprir, sobretudo, as funções retributiva (Kant, Hegel, Sthal e Leibniz) e de prevenção geral positiva, ou seja, de integração ou de restabelecimento da confiança da coletividade no ordenamento jurídico (Durkheim, Jakobs e Roxin)” ¹¹⁴.

Finda a etapa judicial da individualização da pena, passa-se à etapa executória desta.

3.2.3 A individualização executiva

¹¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, 2015, p. 196.

¹¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, 2015, p. 196.

¹¹² “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [...]”.

¹¹³ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**, 2016, p. 482-483.

¹¹⁴ BISSOLI FILHO, Francisco. **Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais**, 2016, p. 153.

A individualização executiva ou administrativa da pena se efetiva no decorrer do cumprimento da sanção imposta ao sentenciado e é quando o magistrado tem a oportunidade de avaliá-lo, proporcionando-lhe benefícios ou repreensões, conforme análise de critérios objetivos e subjetivos advindos de sua situação ¹¹⁵.

E nesse estágio, também deverá se operar a classificação dos presos, conforme, a propósito, estabelece o art. 5º da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal), que assim prevê: “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal” ¹¹⁶. E, também estabelecendo critérios de classificação, há o art. 84, e parágrafos, do referido diploma legal, que ordena: (*caput*) a separação dos presos provisórios dos presos condenados por sentença transitada em julgado; (§ 1º) a separação dos presos provisórios conforme a natureza do crime/contravenção que cometeram (se hediondo ou equiparado, se cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa e demais casos não enquadrados a estes); (§ 2º) a segregação em dependência distinta do preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal; (§ 3º) a separação dos presos condenados definitivamente, conforme a natureza do crime/contravenção cometido (mesmas hipóteses do preso provisório, com a divisão, porém, dos reincidentes que cometeram crimes mediante violência ou grave ameaça à pessoa dos primários enquadrados no mesmo critério) e, por fim, (§ 4º) a separação do preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos.

Dito isso, como ensina Bissoli Filho, “a forma da execução penal está prevista no processo de execução penal, o que implica dizer que esta se realiza por meio de requerimentos, relatórios, pareceres e decisões judiciais e administrativas” ¹¹⁷.

Ademais, o conteúdo da execução varia conforme o seu âmbito: judicial ou administrativo. Ao campo judicial estão adstritos institutos da competência do juízo da execução penal, diga-se, detração, soma e unificação das penas, progressão e regressão de regimes, remição da pena, saída temporária, prisão domiciliar, entre outros. Enquanto à seara

¹¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, 2015, p. 200.

¹¹⁶ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**, 2014, p. 74.

¹¹⁷ BISSOLI FILHO, Francisco. **Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais**, 2016, p. 154.

administrativa, relacionam-se os conteúdos de providência da atividade administrativa do Estado, dos quais são competentes os órgãos do Poder Executivo ¹¹⁸.

Nesse viés, a individualização executiva se justifica uma vez que a pena fixada na sentença condenatória, com o trânsito em julgado, é flexível. Isto é, durante o cumprimento dela, pode o apenado passar do regime fechado ao semiaberto e, deste, ao aberto. Do mesmo modo, há os institutos da remição – por meio do qual é possível haver descontos da pena pelos dias trabalhados pelo recluso –, do livramento condicional, do indulto e da graça, que podem interferir no cumprimento da pena.

Eis a razão, conforme Nucci, “pela qual não pode o legislador estabelecer, em lei, parâmetros fixos e padronizadores, em relação ao montante, ao regime ou aos benefícios possíveis” ¹¹⁹, devendo cada condenado passar pelo seu próprio processo de individualização judicial e executiva da pena.

Nessa mesma direção, destaca Mirabete que “individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr a sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto”. Assim, a individualização inicia-se “com a indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequados, conforme as condições pessoais de cada um” ¹²⁰.

E, concluindo com a doutrina de Bissoli Filho:

Nesse plano da execução, as sanções penais prometem cumprir, sobretudo, a função de retribuição e de prevenção especial positiva e negativa, ou seja, de ressocialização (Ferri, Lizst, Dorado Monteiro, Arenal e Roeder), de intimidação especial (Feuerbach) e de neutralização (Ferri) ¹²¹.

Vistas as três fases que comportam a individualização da pena, passa-se a abordar as etapas da aplicação da pena.

3.3 AS ETAPAS DA APLICAÇÃO DA PENA

¹¹⁸ BISSOLI FILHO, Francisco. **Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais**, 2016, p. 154.

¹¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**, 2015, p. 195.

¹²⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**, São Paulo: Atlas, 2004, p. 60-61.

¹²¹ BISSOLI FILHO, Francisco. **Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais**, 2016, p. 154.

Como visto, a aplicação da pena compreende a etapa judicial da sua individualização. É o momento em que o juiz togado, entendendo ser o réu culpado pela infração criminal que foi acusado, deverá aplicar a este uma pena que se mostre suficiente, justa e proporcional, observando sempre as normas de aplicação da pena, previstas na legislação.

Nesse sentido, no Brasil, o procedimento de fixação da pena para o condenado segue o modelo trifásico proposto por Nélson Hungria, como se extrai do comando do *caput* do artigo 68 do Código Penal brasileiro, que dispõe: “Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Portanto, após escolhida a pena a ser aplicada, quando houver, alternativamente, a cominação de mais de uma pena, a etapa seguinte é a da sua dosimetria, o que compreende, sucessivamente, e sob pena de nulidade do julgado: a) a fixação da pena-base, analisando as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CP, b) a fixação da pena provisória, resultante da incidência sobre a pena-base das atenuantes e agravantes – também chamadas de circunstâncias legais – existentes no fato concreto e que estão previstas na Parte Geral do CP (arts. 61, 62, 65 e 66) e, por fim, c) a fixação da pena definitiva, proveniente do emprego das causas especiais de aumento ou diminuição de pena, também conhecidas como majorantes ou minorantes de pena, e a incidência das regras do concurso de crimes. Essas fases deverão ser observadas no cálculo da pena de multa, seguindo-se a etapa da fixação do valor de cada dia-multa, com base na situação econômica do condenado (artigos 49, § 1º, e 60, *caput*, do CP). A terceira etapa de aplicação da pena privativa de liberdade é a fixação do regime inicial de cumprimento de pena (art. 59, III, do CP), seguindo-se a etapa da análise da sua substituição por outra espécie de pena (arts. 44, § 2º, 59, IV, e 60, § 2º, do CP) e a conveniência da suspensão condicional da pena (arts. 77 a 79 do CP)¹²². Além disso, o juiz ainda deverá analisar e fundamentar os efeitos da condenação referidos nos arts. 91 (obrigação de indenizar o dano causado pelo crime e a perda, em favor da União, dos instrumentos do crime e do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso) e 92 do CP (perda de cargo, função pública ou mandato eletivo; perda do pátrio poder, tutela ou curatela e inabilitação para dirigir veículo)¹²³.

¹²² MACHADO. Vinícius da Silva. **Individualização da pena: o mito da punição humanizada**, 2010, p. 108-109.

¹²³ QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal: parte geral**, 2014, p. 443-444.

3.4 A DOSIMETRIA PENAL

Como visto no tópico anterior, a dosimetria da pena deverá ser realizada com base na lógica estabelecida pelo art. 68 do CP, que estabelece a existência de três fases distintas. Para tanto, o juiz analisará e aplicará as circunstâncias judiciais, as circunstâncias legais e as causas de aumento e diminuição de pena, por meio de um cálculo, de onde fixará a pena-base, a pena provisória e, por fim, a pena definitiva.

Assim, influenciam, nas três fases da dosimetria penal, circunstâncias que não constituem nem qualificam o crime, podendo ou não existir no contexto da conduta típica ou no decorrer do processo. Diferem-se essas circunstâncias das elementares do tipo penal – as quais se inexistentes podem tornar atípica a conduta ou mesmo desclassificar o crime – justamente pelo seu caráter modulador e accidental. E, do mesmo modo, diferem-se das qualificadoras, uma vez que estas, embora sua existência ou inexistência também não altere a definição do tipo penal principal, criam, a partir deste, um tipo penal derivado, estabelecendo novos limites mínimo e máximo de pena, em razão de sua maior gravidade¹²⁴.

Assim, nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, “circunstâncias, na verdade, são fatos, dados, elementos ou peculiaridades que apenas *circundam* o fato principal. Não integram a figura típica, podendo, contudo, contribuir para aumentar ou diminuir sua gravidade”¹²⁵.

As circunstâncias, conforme a previsão legal, poderão ser qualificadoras, privilegiantes, circunstâncias judiciais, agravantes, atenuantes ou causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição de pena.

Ontologicamente, no entanto, não há distinção entre as qualificadoras, as agravantes genéricas e as causas de aumento de pena, assim como entre as privilegiantes, as atenuantes genéricas e as causas de diminuição de pena, tanto é que determinada circunstância ora figura como qualificadora, ora como causa especial de aumento, ou, também, ora como agravante,

¹²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 19 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 767-768.

¹²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 2013, p. 768.

assim como poderá incidir, ora como privilegiante, ora como atenuante genérica, ora como minorante.

As diferenças, no entanto serão percebidas no momento da aplicação da pena. Isso porque, as qualificadoras, que implicam a fixação de novos limites mínimo e máximo de pena¹²⁶, devem ser levadas em conta desde o momento da fixação da pena-base, na primeira fase dosimétrica. Já as agravantes e atenuantes e as causas de aumento ou diminuição de pena serão consideradas somente na segunda e terceira fase, respectivamente. Disso, naturalmente, se conclui que, para reprimir mais duramente uma determinada circunstância, o legislador a tratará como qualificadora; se um pouco menos, como causa de aumento e, se mais brandamente, como circunstância agravante.

Em princípio, o cálculo da pena será feito de acordo com o método sucessivo, isto é, a operação seguinte tomará por base a anterior e assim sucessivamente. E se reitera que todas as operações realizadas durante a dosimetria penal devem ser claramente exteriorizadas e devidamente fundamentadas, conforme ordena a CFRB em seu art. 93, inciso IX, devendo o magistrado esclarecer como valorou cada circunstância identificada nos autos, a fim de que as partes acompanhem e entendam os critérios utilizados nessa valoração¹²⁷.

3.4.1 O cálculo da pena-base

A primeira fase de aplicação da pena é a realizada com base na análise e na valoração das circunstâncias ditas judiciais. Estas estão previstas no *caput* do art. 59 do CP e incidirão sobre a pena mínima cominada ao tipo penal, resultando a fixação da pena-base.

Essas circunstâncias são denominadas, pela doutrina, de *circunstâncias judiciais* porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identificá-los nos autos e mensurá-los concretamente. São, na verdade, critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena¹²⁸.

O art. 59 do CP, que comporta as circunstâncias judiciais, assim dispõe:

¹²⁶ Como ocorre no crime de homicídio quando cometido por motivo fútil – art. 121, § 2º, II, do CP –, cuja pena é de doze a trinta anos de reclusão, e não seis a vinte anos de reclusão como é do homicídio simples.

¹²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 2013.

¹²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 2013.

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

[...]

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

[...];

Portanto, são compreendidos como circunstâncias judiciais elementos que integram a biografia moral do condenado (elementos subjetivos), como a culpabilidade, os antecedentes, a personalidade e a conduta social, e elementos relacionados ao contexto do próprio fato delituoso (elementos objetivos), como os motivos determinantes, as circunstâncias e as consequências do crime, bem como o comportamento da vítima.¹²⁹

Assim, referidos elementos serão analisados e valorados individualmente pelo juiz, que deverá expor na sentença os motivos pelos quais valorou positiva ou negativamente cada um (art. 93, IX, CF).

Conforme ordena o inciso II do art. 59 do CP, visto acima, deve a pena ser fixada inicialmente entre os limites mínimo e máximo estabelecidos para o ilícito¹³⁰. Para tanto, deverá o magistrado partir da pena mínima cominada ao tipo penal e, sobre esta, deverão incidir os eventuais aumentos de pena decorrentes da valoração negativa das oito circunstâncias judiciais indicadas no art. 59 do CP (culpabilidade, antecedentes, conduta social, etc.), até o limite da pena máxima cominada. Caso as circunstâncias judiciais não militem contra o acusado, a pena-base deve ficar no mínimo cominada. Caso haja somente circunstâncias desfavoráveis, a pena-base deve ser fixada acima do mínimo, ficando o *quantum* de aumento a critério do juiz¹³¹, demandando fundamentação. Por sua vez, havendo concurso entre circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis, diz a doutrina que o magistrado deve invocar, por analogia, o art. 67 do CP, aplicando a regra de preponderância¹³².

Quanto ao *quantum* de diminuição ou aumento da pena-base provocado pelas circunstâncias judiciais, não há uma fração imutável. Muitos julgados recentes do STJ

¹²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 2013, e MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte geral, arts. 1º ao 120 do CP. 31 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

¹³⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte geral, arts. 1º ao 120 do CP, 2015, p. 303.

¹³¹ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 4 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 414.

¹³² CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120), 2016, p. 414-415.

utilizam o critério de se dividir o intervalo de pena previsto em abstrato (máximo – mínimo) por oito, que é o número de circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. Assim, cada circunstância judicial provocaria o deslocamento de 1/8 (um oitavo) do intervalo previsto no preceito secundário de cada tipo ¹³³. Por outro lado, há julgados, também recentes, da mesma Corte no sentido de que a fração aplicada dever ser 1/6 (um sexto) ¹³⁴. O que, de fato, resultará na aplicação de uma ou de outra fração será a análise do caso concreto, devendo a Corte Superior de Justiça apenas observar se houve fundamentação idônea pelo magistrado para o aumento e não eiva a mesma de ilegalidade.

Calculados os aumentos de pena decorrentes das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, fixa-se a pena-base e passa-se à segunda etapa de aplicação da pena, para o cálculo da pena provisória. Como do próprio nome se extrai, a pena-base norteará o juiz nas demais fases da dosimetria, servindo de suporte à incidência das adições e reduções decorrentes das circunstâncias atenuantes e agravantes e, posteriormente, sobre estas, das causas especiais de aumento e diminuição de pena.

3.4.2 O cálculo da pena provisória

Fixar a pena provisória, ou também a chamada pena intermediária, é a finalidade da segunda etapa de aplicação da pena, que terá como ponto de partida a pena-base. Assim, incidem sobre esta as circunstâncias atenuantes e agravantes de pena, previstas na Parte Geral do CP, nos arts. 61, 62, 65 e 66. Essas circunstâncias, por estarem nesta parte previstas, são chamadas de circunstâncias genéricas ¹³⁵. Assim, nas palavras de Rogério Sanches Cunha, podem elas ser definidas como “circunstâncias objetivas ou subjetivas que não integram a estrutura do tipo penal, mas se vinculam ao crime, devendo ser consideradas pelo juiz no momento de aplicação da pena” ¹³⁶.

¹³³ Precedentes: HC 218.249/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 23/09/2016; HC 345.402/DF, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 19/12/2016 e HC 185.036/PE, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 19/12/2016.

¹³⁴ HC 348.783/MG, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 21/11/2016; HC 337997/SP, rel. Min. Gurgel De Faria, Quinta Turma, DJe 15/2/2016; HC 155077/SP, rel. Min. Marco Aurélio Belizze, Quinta Turma, DJe 29/6/2012.

¹³⁵ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120), 2016, p. 419.

¹³⁶ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120), 2016, p. 419.

Assim, as circunstâncias legais são caracterizadas por gravitar ao redor da figura típica e, por isso, influenciar no cálculo da pena, diminuindo-a ou elevando-a, sendo suas aplicações obrigatórias quando identificadas no caso concreto.

A legislação penal brasileira não prevê um percentual ou fração para a redução ou o aumento da pena-base em razão das circunstâncias atenuantes ou agravantes genéricas. Nessa hipótese, cabe ao julgador, dentro de seu livre convencimento e pelas peculiaridades do caso concreto, sopesar o *quantum* a ser reduzido, respeitados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ¹³⁷.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, o que ocorre é que cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas, enquanto que às cortes superiores, em grau recursal, cabe apenas o controle de legalidade e constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias inferiores ¹³⁸. Isso em razão da vedação de reexame de fatos e provas pelas cortes superiores, em sede de recurso especial e extraordinário, conforme os teores das Súmulas 7 do STJ ¹³⁹ e 279 do STF ¹⁴⁰.

De toda sorte, o STJ e o STF vêm utilizando como referência para o agravamento/atenuação da pena-base a fração de 1/6 (um sexto), uma vez que corresponde ao menor valor fixado pelo legislador para as causas especiais de aumento de pena e não ultrapassa os parâmetros (seja de 1/8, seja de 1/6) aplicados às circunstâncias judiciais ¹⁴¹. A aplicação de fração diversa a um sexto deve conter específica fundamentação lastreada nas especiais circunstâncias da causa penal ¹⁴².

Nesse sentido, partindo o magistrado sentenciante da pena-base, fixada na fase anterior, deverá, identificando alguma circunstância agravante, dirigir-se à pena máxima; havendo somente atenuantes, a pena intermediária caminha na direção do mínimo legal previsto; e não existindo circunstância relevante, seja agravante, seja atenuante, a pena

¹³⁷ STF, RHC 129.993/GO, rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 04/04/2016.

¹³⁸ HC 121.842/MS, rel. Min. Rosa Weber, DJe 12/05/2014.

¹³⁹ “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?livre=&ordem=%2B>>. Acesso em: jan. 2017.

¹⁴⁰ “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>.

Acesso em: jan. 2017.

¹⁴¹ Nesse sentido: STJ, HC 311.852/RS, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 20/09/2016 e STF, RHC 127.382/MG, rel. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 05/05/2015.

¹⁴² STF, RHC 127.382/MG, rel. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 05/05/2015.

intermediária apenas confirmará o valor da pena-base. Havendo concurso entre atenuantes e agravantes, aplica-se o disposto no art. 67 do CP, que dá preferência às circunstâncias preponderantes, entendidas estas as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência ¹⁴³.

Ademais, no tocante às atenuantes genéricas, válido destacar que a Súmula 231 do STJ transparece o entendimento jurisprudencial de que as atenuantes somente podem incidir na dosimetria penal, diminuindo a pena do condenado, se a pena-base fixada na primeira fase não se encontrar no mínimo legal. É uma súmula bastante criticada, uma vez que vem a beneficiar o agente que possui circunstâncias judiciais desfavoráveis e, com isso, pode ter sua pena atenuada na segunda fase dosimétrica, mas prejudica aquele que não possui circunstâncias judiciais em seu desfavor, e em razão de sua pena encontrar-se no mínimo legal, não pode incidir nela qualquer atenuante identificada nos autos. Esta Súmula será novamente destacada mais adiante.

Dito isso, as agravantes genéricas estão elencadas, em um rol taxativo, nos arts. 61 e 62 do CP, não se admitindo analogia para ampliar as hipóteses legais. Conforme prevê o *caput* daquele primeiro dispositivo, as agravantes são circunstâncias que sempre agravam a pena, exceto se constituem ou qualificam o crime, para que não haja dupla valoração, bem como pelo grau de repreensão que o legislador quis dar a elas ¹⁴⁴. Alguns exemplos que o referido artigo prevê como agravantes de pena são a reincidência; o motivo fútil ou torpe; o crime praticado contra descendente, ascendente, irmão ou cônjuge; o crime cometido para facilitar ou assegurar a execução ou ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime; o crime praticado com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, de que o possa resultar perigo comum, entre outros.

As atenuantes genéricas de pena, por sua vez, estão previstas no art. 65 do CP e serão objeto de estudo no item 3.5.1, em face dos propósitos desta pesquisa. Contudo, não se pode deixar de mencionar aqui que, além das atenuantes genéricas previstas pelo legislador, há as atenuantes inominadas, dispostas no art. 66 do Código Repressivo. Estas consistem em circunstâncias relevantes anteriores ou posteriores ao crime, mesmo que não previstas em lei. São os casos, por exemplo, do réu que, além de confessar o crime, colabora de forma

¹⁴³

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120), 2016, p. 419-420.

¹⁴⁴

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**, 2014, p. 577.

relevante com a instrução e da excessiva delonga no processo de crime de maior gravidade¹⁴⁵.

Fixada a pena provisória a partir da aplicação das atenuantes e agravantes genéricas, o juiz passará à terceira e última etapa de aplicação da pena, da qual resultará a pena definitiva.

3.4.3 O cálculo da pena definitiva

Fixada, então, a pena provisória, passa-se à terceira e última etapa de aplicação da pena, a qual toma como ponto de partida aquela, incidindo as causas especiais de aumento e de diminuição de pena.

As causas de aumento e de diminuição são, também, conhecidas como majorantes e minorantes e estão dispostas tanto no Código Penal, na Parte Geral e Especial, como na legislação extravagante¹⁴⁶.

Como os próprios nomes revelam, as majorantes e minorantes são, também, fatores que aumentam ou reduzem a pena. Contudo, por serem aplicadas na última fase dosimétrica da pena, incidindo seu cálculo sobre o *quantum* da pena provisória, possuem maior gravidade se comparadas com as circunstâncias judiciais e legais. Ademais, as majorantes e minorantes não adstringem o juiz aos limites legais cominados, podendo elevar a pena para além do patamar máximo de pena cominado, bem como reduzir aquém do limite mínimo, o que não ocorre com as demais circunstâncias¹⁴⁷.

Outra diferença encontrada entre as causas de diminuição e aumento de pena e as circunstâncias judiciais e legais é a previsão legal do *quantum* de pena acrescida ou reduzida no cálculo dosimétrico. Enquanto as circunstâncias judiciais e as agravantes e atenuantes não possuem o *quantum* de elevação ou redução da pena pré-fixado pela lei, ficando seu valor a critério do juiz conforme o caso concreto, as majorantes e minorantes têm seu *quantum* já predeterminado, na Parte Geral ou Especial do CP, sendo o valor fornecido em frações fixas

¹⁴⁵ DELMANTO, Celso [et. al.]. **Código penal comentado**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 287-288.

¹⁴⁶ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120), 2016, p. 441.

¹⁴⁷ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120), 2016, p. 441.

ou variáveis ¹⁴⁸. Por exemplo: o crime de homicídio simples está previsto no art. 121, *caput*, do CP, e tem como pena cominada 6 a 20 anos de reclusão. Por sua vez, o § 4º, segunda parte, do mesmo artigo prevê o aumento de 1/3 da pena caso o crime tenha sido cometido na forma dolosa e contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos. Essa é uma fração de causa de aumento fixa. Outro exemplo, agora com o *quantum* de alteração variável, é a diminuição de pena prevista para a tentativa. Caso um crime tenha sido cometido na sua forma tentada, tem direito o autor à diminuição de 1/3 a 2/3 da pena, conforme o caso, como ordena o art. 14, parágrafo único, do CP.

No cálculo da pena definitiva, ainda, pode o juiz deparar-se com o concurso entre majorantes, entre minorantes, ou, ainda, entre majorantes e minorantes, em uma mesma situação ¹⁴⁹. No caso das duas primeiras hipóteses, e estando as causas de aumento ou diminuição previstas na Parte Especial do CP, o parágrafo único do art. 68 do CP prevê uma mesma solução: “No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua”. Portanto, pode o juiz escolher aplicar as duas causas ou apenas uma, escolhendo, todavia, a que mais aumente (no caso das majorantes) ou diminua (no caso das minorantes). Enquanto isso, estando, no mesmo caso, as causas de aumento ou de diminuição previstas na Parte Geral do CP, ou, também, em ambas as partes do CP, deve o juiz aplicar todas que existirem no caso concreto. E, do mesmo modo, havendo concurso entre majorantes e minorantes, independente de onde estejam localizadas no Código, deve o magistrado aplicar todas.

Noutro norte, caso inexistam circunstâncias agravantes ou atenuantes, assim como causas de aumento ou de diminuição no caso concreto, a pena-base estabelecida na primeira fase dosimétrica tornar-se-á definitiva; todavia, se elas existirem, deve-se passar ao cálculo da pena nas respectivas fases, para depois, então, se proceder às fases de aplicação do regime inicial de cumprimento da pena e de substituição da pena privativa de liberdade por multa ou restritivas de direitos ¹⁵⁰.

¹⁴⁸ QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**: parte geral, 2014, p. 446.

¹⁴⁹ Para maior compreensão do ponto, ver: CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120), 2016, p. 442-444.

¹⁵⁰ DELMANTO, Celso [et. al.]. **Código penal comentado**, 2016, p. 252.

3.5 A INCIDÊNCIA DA CONFISSÃO DO AGENTE NA DOSIMETRIA DA PENA COMO ATENUANTE GENÉRICA

3.5.1 Conceito de atenuantes genéricas

Como já visto, as atenuantes genéricas incidirão sobre o cálculo da pena provisória do condenado, na segunda etapa dosimétrica. Conforme conceituam Pacelli e Callegari, são elas dados ou fatos acidentais que reproduzem juízos de menor valor (reprovação) do fato criminoso ¹⁵¹. Estes fatos ou dados acidentais podem estar baseados na motivação do crime, no grau de compreensão da antijuridicidade da conduta, na idade ou na limitação da autodeterminação do agente.

Entretanto, diferentemente das agravantes, o rol de atenuantes disposto no art. 65 do CP não é taxativo, e, sim, meramente exemplificativo, motivo pelo qual o juiz pode admitir outras, anteriores ou posteriores ao delito, ainda que não constem expressamente na lei (circunstâncias inominadas), conforme disposto no art. 66 do CP ¹⁵².

As atenuantes, ademais, são chamadas de “genéricas” tendo em vista a sua potencial aplicação a todos os fatos puníveis, possuindo caráter obrigatório de aplicação e, por isso, vinculando a minoração da sanção penal ¹⁵³.

Dispõe assim o art. 65 do CP:

- Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:
- I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;
 - II - o desconhecimento da lei;
 - III - ter o agente:
 - a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
 - b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
 - c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
 - d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

¹⁵¹ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal:** parte geral, 2016, p. 499.

¹⁵² QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal:** parte geral, 2014, p. 477.

¹⁵³ MACHADO. Vinícius da Silva. **Individualização da pena:** o mito da punição humanizada, 2010, p. 137.

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.¹⁵⁴

Nesse sentido, interferem no cálculo da pena provisória, por configurarem atenuantes de pena, (1) a menoridade relativa e a senilidade do agente, (2) o desconhecimento da lei, (3) o cometimento do crime por motivo de relevante valor moral ou social¹⁵⁵, (4) a procura, espontânea e eficiente, pelo agente, em evitar ou minorar as consequências advindas do crime, ou ter reparado o dano causado, antes do julgamento, (5) ter o autor da infração cometido o crime por meio de coação resistível ou por cumprimento de ordem hierárquica superior ou, ainda, sob a influência de violenta emoção, resultante de ato injusto da vítima, (6) a confissão espontânea da autoria delitiva e, por fim, (7) a influência de multidão em tumulto, quando não provocado pelo agente.

Apresentadas as atenuantes de pena, passa-se a analisar aquela que é objeto de estudo deste trabalho, qual seja, a confissão espontânea.

3.5.2 Caracterização da confissão espontânea como atenuante genérica

Como visto no primeiro capítulo do presente trabalho, mais especificamente no item que trata dos aspectos históricos da confissão na legislação brasileira (2.3.1), a confissão foi inicialmente abarcada pela legislação penal pátria como atenuante de pena no Código Penal de 1940, atualmente vigente.

O fundamento dessa atenuante é meramente político-criminal¹⁵⁶, isto é, “baseia-se fundamentalmente em considerações político-criminais (v.g., exigências da prevenção especial, favorecimento da administração da justiça)”¹⁵⁷, tratando-se, tão logo, “de regra de política processual para facilitar a apuração da autoria e prevenir a eventualidade do erro

¹⁵⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 jan. 1017.

¹⁵⁵ Como motivo de valor moral entende-se aquele ligado aos interesses individuais, particulares do agente, entre eles os sentimentos de piedade, misericórdia e compaixão. Já de valor social diz respeito aos interesses de toda uma coletividade. Ambos os tipos devem ser considerados de considerável importância para efeitos de redução da pena (CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120), 2016, p. 436).

¹⁵⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 744.

¹⁵⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 439.

judiciário”¹⁵⁸. De tal modo, “a confissão espontânea é considerada um serviço à justiça, uma vez que simplifica a instrução criminal e confere ao julgador a certeza moral de uma condenação justa”¹⁵⁹.

Na redação original do Código Penal de 1940, admitia-se a confissão, para fins redutores de pena, somente quando a autoria do fato delitivo fosse desconhecida ou atribuída a outrem (art. 48, IV, “d”)¹⁶⁰. Com o advento da Reforma de 1984 sobre a parte geral do Código Repressivo, a atenuante passou a ser abordada no artigo 65, inciso III, “d”, e os elementos anteriormente referidos passaram a não ser mais exigidos. As exigências limitam-se agora à admissão da autoria do crime de forma espontânea e à sua efetivação perante autoridade competente integrante da corporação policial, do Judiciário ou do Ministério Público¹⁶¹.

É o que se compreende da leitura do artigo citado em vigência:

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

III - ter o agente: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

[...]

Válido destacar que, em relação à autoria do crime, entende-se que há certo equívoco na nomenclatura utilizada, vez que somente é reconhecida a autoria do crime por ocasião da sentença condenatória transitada em julgado. Até esse momento, para fins constitucionais, presume-se a inocência do acusado. Nesse sentido, Celso Delmanto e outros ensinam:

Nem se diga, por outro lado, que a atenuante usa a expressão ‘autoria do crime’, pois, evidentemente, está querendo se referir a autoria do fato tido como criminoso, já que, em face da garantia constitucional da presunção de inocência (...) só se pode falar em autoria do crime após a condenação transitada em julgado¹⁶².

Feito o breve comentário, tem-se como elemento da atenuante em questão a espontaneidade da confissão. Significa dizer que o agente deve, voluntariamente, assumir os

¹⁵⁸ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 637.

¹⁵⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120). 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 494.

¹⁶⁰ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**, 2012, p. 636.

¹⁶¹ DELMANTO, Celso [et. al.]. **Código penal comentado**, 2016, p. 283.

¹⁶² DELMANTO, Celso [et. al.]. **Código penal comentado**, 2016, p. 283.

fatos a ele imputados, isto é, admitir livre de interferência externa e a salvo de pressão, devendo a decisão de confessar partir do próprio agente, que assim a desejou.

Há controvérsias quanto à conceituação de ato espontâneo e ato voluntário. Há quem entenda que ambos possuem conceitos diferentes e consequências diversas. Nucci leciona que “A confissão, para valer como meio de prova, precisa ser voluntária, ou seja, livremente praticada, sem qualquer coação. Entretanto, para servir de atenuante, deve ser ainda espontânea, vale dizer, sinceramente desejada, de acordo com o íntimo do agente [...] Não é possível que o réu se beneficie de uma circunstância legal para amenizar sua pena se houver agido sem qualquer espontaneidade, apenas para locupletar-se de algum benefício legal” ¹⁶³. No entanto, tal diferenciação não prospera, vez que ambos os verbetes são tratados nos dicionários de língua portuguesa como sinônimos ¹⁶⁴ e o STJ já firmou o entendimento de que “a atenuante genérica da confissão espontânea tem caráter meramente objetivo, não se exigindo motivação específica do acusado - ou qualquer outro requisito subjetivo - para a caracterização” ¹⁶⁵. Assim, não necessariamente a confissão precisa decorrer de arrependimento, como é exigido no arrependimento posterior (art. 16 do CP). Basta que se trate de confissão feita sem nenhum constrangimento físico e/ou moral ¹⁶⁶.

Além de espontânea, o CP exige que a confissão deva ser feita perante uma autoridade competente, compreendida esta como o ente público legalmente capacitado a ouvir o agente delinquente. Portanto, juízes de direito, delegados de polícia e até mesmo representantes do Ministério Público podem se enquadrar na definição. Sem contar, também, que a admissão de culpa deve ser realizada em ato solene e público, bem como reduzida a termo, como abordado no item 2.2.1 deste trabalho.

Diante dessas considerações, a atenuante da confissão espontânea é de caráter subjetivo, pessoal. Logo, nos crimes em que há concurso de agentes e em que um dos autores/partícipes confessa a sua participação na empreitada criminosa, não se pode estender a minoração da pena pela confissão aos outros acusados que não confessaram ¹⁶⁷.

¹⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 473-474.

¹⁶⁴ **Dicionário Aurélio**.

¹⁶⁵ STJ. HC 171.064/SP. Rel. Celso Limongi. T6. DJe 15.06.2011.

¹⁶⁶ DELMANTO, Celso [et. al.]. **Código penal comentado**, 2016, p. 283.

¹⁶⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Súmulas criminais do STF e do STJ comentadas**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 529.

Segundo a jurisprudência do STJ, não deve incidir a circunstância atenuante da confissão espontânea caso o acusado por tráfico de drogas confesse ser apenas usuário ¹⁶⁸.

Afora ser espontânea e realizada perante autoridade competente, há grande debate doutrinário e jurisprudencial acerca de se a confissão incide, ou não, na dosimetria da pena como atenuante genérica quando realizada na sua forma qualificada ou retratada em Juízo. É o que passará a ser abordado no capítulo que segue.

¹⁶⁸ STJ. AgRg no AREsp 1053378/MS, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 20/04/2017, DJe 28/04/2017.

4 ASPECTOS ESPECÍFICOS SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DA CONFISSÃO QUALIFICADA E DA CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL RETRATADA EM JUÍZO NA DOSIMETRIA DA PENA

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente capítulo tem por objetivo traçar os aspectos específicos sobre a possibilidade da confissão qualificada e da confissão extrajudicial retratada em juízo incidirem na dosimetria penal, atenuando a pena do agente. Para tanto, o capítulo se pauta em quatro itens.

Os dois primeiros itens versarão sobre as restrições que a lei (em sentido amplo), a doutrina e a jurisprudência pátrias apontam em contrapartida à incidência da confissão qualificada e da retratada em juízo, respectivamente, como atenuantes de pena.

No terceiro momento, por sua vez, será tratada a Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça e da sua influência no tema em questão.

Por fim, no quarto tópico, serão apontados os aspectos que possibilitam a incidência das espécies de confissão em comento na dosimetria da pena, bem como a melhor quantificação ou forma de dosagem da diminuição da pena em face das suas distinções em relação às demais formas de confissão.

4.2 AS RESTRIÇÕES LEGAIS, DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS À INCIDÊNCIA DA CONFISSÃO QUALIFICADA NA DOSIMETRIA DA PENA

4.2.1 Restrições legais

Quanto às possíveis vedações contidas na legislação infraconstitucional à incidência da confissão qualificada como redutora de pena, observa-se não haver nenhum óbice a respeito. Isso porque o Código Penal, após a Reforma de 1984, não exige para a configuração da confissão como atenuante genérica que essa seja completa, que explicita todas as

circunstâncias do crime ou seja movida por uma razão moral, que demonstre o arrependimento do acusado ou, ainda, que influa decisivamente na sua condenação. Ao invés, o texto legal apenas exige que a admissão seja espontânea ¹⁶⁹, verse sobre a autoria do fato tido como criminoso e seja formalmente realizada perante autoridade competente.

É o que claramente se observa da leitura do artigo 65 do CP, reiteradamente abordado neste trabalho: “Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...] III - ter o agente: [...] d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; [...]”.

Ademais, não há nenhuma outra passagem no Código Penal, ou na legislação esparsa, que verse sobre o tema, podendo-se concluir que não há vedação legal para tanto.

4.2.2 Restrições doutrinárias

Pelo o que se analisou das obras dos doutrinadores do direito penal e processual penal, a maioria chega a se posicionar quanto à (in)viabilidade da redução da pena pela presença da confissão qualificada ou retratada no caso concreto, porém deixam a desejar em suas justificativas, o que dificulta uma discussão mais aprofundada sobre as razões que este trabalho pretende debater. Contudo, mesmo que assim seja, serão expostos aqui os argumentos então encontrados.

Os doutrinadores que defendem a impossibilidade de a confissão qualificada incidir como atenuante de pena na dosimetria justificam seu posicionamento com base na lealdade processual e na necessidade de demonstração de arrependimento do agente. Ou seja, uma vez que a finalidade da norma ao conferir à confissão caráter redutor de pena consiste em agraciar o agente que auxilia a justiça, quando este alega alguma excludente de ilicitude ou culpabilidade não estaria propriamente colaborando para a elucidação da autoria, tampouco concordando com a pretensão acusatória, e, sim, agindo no exercício da autodefesa ¹⁷⁰.

Em outras palavras, segundo os autores dessa corrente, o objetivo do instituto da confissão espontânea é premiar o réu que contribui, de forma efetiva, para o deslinde da

¹⁶⁹ Característica essa que já vem tendo sua aplicação mitigada pelas Cortes Superiores, conforme visto no capítulo 2 deste trabalho.

¹⁷⁰ Nesse sentido: MIRABETE, Julio Fabrini. **Código penal interpretado**, 5ª. ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 517; CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral, 12. ed., São Paulo: Saraiva, p. 467.

persecução criminal, trazendo, assim, maior serenidade ao espírito do julgador ao apreciar a causa. A *contrario sensu*, se a versão apresentada pelo agente tem o objetivo de afastar a sua responsabilidade penal decorrente do fato criminoso que lhe foi imputado, dificultando o julgamento da causa, é inviável o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Dessa forma, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea pressupõe que o agente reconheça, no mínimo, a prática do ilícito que lhe foi imputado e que só há a configuração da confissão, na acepção penal do instituto, quando o(s) fato(s) admitido(s) é(são) inteiramente adverso(s) ao confitente ¹⁷¹.

Nessa linha de argumentação, tem-se a opinião de Nucci:

[...] não se deve aceitar a atenuante da confissão espontânea se for realizada a admissão da culpa apenas com o intuito de obter o reconhecimento de alguma excludente de ilicitude ou culpabilidade (confissão qualificada). Se o agente, por exemplo, admite ter matado a vítima, mas em legítima defesa, há duas hipóteses viáveis: a) realmente agiu em legítima defesa, sendo, portanto, absolvido; b) comprova-se ser falsa sua alegação, sendo ele condenado, sem qualquer atenuante, pois não narrou a verdade dos fatos, demonstrando insinceridade. Noutros termos, “confessar” um fato típico, mas lícito, não é admitir culpa, pois não é crime. Confissão implica assumir a prática de um delito ¹⁷².

Contudo, uma vez que a jurisprudência pátria encontra-se mais condescendente diante da confissão, mesmo sem espontaneidade, o referido autor destaca que:

[...] embora o ideal seja a confissão espontânea integral, demonstrando colaboração efetiva à Justiça, alguns casos excepcionais de confissões parciais ou qualificadas podem ser acolhidos pelo Judiciário para funcionar como atenuante, tendo em vista o valor probatório auferido durante a instrução. Porém, muitos julgados têm ampliado em demasia o âmbito da confissão, aceitando qualquer situação, por menor que seja, de admissão de prática típica ou ilícita. Parece-nos que essa corrente tende a demonstrar que o incentivo para que o réu confesse seu crime precisa ser maior do que uma simples atenuante; eis o motivo de aceitar qualquer espécie de confissão. Ademais, em tempos de delação premiada, prestigiando o ordenamento jurídico brasileiro essa modalidade de “confissão acoplada à colaboração à Justiça”, torna-se mais equânime acolher a admissão de qualquer tipo de culpa (sem delação) por parte do acusado. As novas posições espelham o sinal dos tempos no Direito Penal contemporâneo. No entanto, não nos soa justo conceder a mesma atenuação de pena que se confere à sincera e ampla confissão à confissão parcial, qualificada ou demonstrativa de pura estratégia de defesa.

¹⁷¹ ARANHA, Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 114-115.

¹⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**, 7ª ed. Forense, 10/2015. [Minha Biblioteca].

Fosse justo equiparar situações desiguais, a atenuante do arrependimento, por exemplo, constante do art. 65, III, b, do CP, deveria ser aceita em qualquer situação, bastando o réu afirmar “estar arrependido”¹⁷³.

Desse modo, os óbices doutrinários encontrados são justificados, principalmente, no âmbito da lealdade processual.

4.2.3 Restrições jurisprudenciais

Quanto à análise jurisprudencial do tema, percebe-se haver certa oscilação nas decisões proferidas pelas cortes superiores de justiça e pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, tribunal estadual mais pesquisado nesse trabalho. Do mesmo modo que se observa na doutrina, há uma lacuna, principalmente por parte dos tribunais estaduais, quanto aos motivos que levam os magistrados a crer na impossibilidade da incidência das confissões aqui em comento como atenuantes de pena, levando a uma superficialidade dos debates. Mesmo que assim seja, serão aqui expostos os argumentos encontrados.

Quanto ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, este possui entendimentos favoráveis, mas, também, contrários à incidência da confissão qualificada na dosimetria da pena. Ou seja, há decisões no sentido do que preceitua a Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁴, mas, também, de que a confissão qualificada não enseja a redução da pena, mesmo que haja influído para a decisão condenatória¹⁷⁵.

Esse último entendimento é justificado à razão de que a invocação de tese acobertadora na prática da conduta delitiva reflete apenas o exercício de autodefesa do réu, não se configurando a confissão espontânea.

Nesses termos a Seção Criminal da Corte Catarinense já se pronunciou:

¹⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015 [Minha Biblioteca].

¹⁷⁴ Nesse sentido: Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.078327-2, de Brusque, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 15/12/2015.

¹⁷⁵ Nesse sentido: Apelação Criminal n. 2014.057080-9, de São Carlos, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 15/12/2015; Apelação Criminal n. 2015.059679-6, de Blumenau, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 01/12/2015; Apelação Criminal n. 2015.013302-0, de Joinville, rel. Des. Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, Quarta Câmara Criminal, j. 26/11/2015; Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.017499-2, de Tubarão, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 20/04/2015.

Com efeito, o acusado ventilou versões que, se acolhidas, teriam o condão de afastar a responsabilidade criminal pelo crime de homicídio narrado na peça exordial acusatória. O acusado não reconheceu a prática delitiva e concordou com a pretensão acusatória, mas, invocando tese acobertadora de seus atos, agiu em exercício de autodefesa, razão pela qual não haveria como ser considerada sua manifestação como confissão espontânea ¹⁷⁶.

No mesmo sentido beiram as seguintes decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal.

Primeiramente, em 1992, com o julgamento do HC 69.479, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal acolheu o entendimento do relator do caso, o ministro Marco Aurélio, no sentido de que “a simples postura de reconhecimento da prática do delito, e portanto da responsabilidade, atrai a observância – por sinal obrigatória – da regra insculpida na alínea “d” do inciso III do artigo 65 do CP”. Ou seja, o Supremo, à essa época, reconhecia que a confissão espontânea, ainda que parcial, valia como circunstância atenuante.

Todavia, a partir de 1996, ¹⁷⁷ até os julgados mais recentes, a Corte Suprema demonstrou uma mudança de entendimento, o qual impera agora no sentido de que a confissão qualificada não é suficiente para justificar a atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal.

Conforme essa Corte, a confissão qualificada não se mostra suficiente para determinar a redução da pena; as informações fornecidas na confissão devem coincidir com os elementos de prova colacionados nos autos do processo, demonstrando o acusado interesse em contribuir para a descoberta da verdade real.

É o que se pode depreender do teor das ementas dos seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. ACUSADO QUE ASSUME A PROPRIEDADE DA DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO. ATENUANTE DA CONFISSÃO. NÃO INCIDÊNCIA. **1. Admitir-se a incidência da atenuante genérica da confissão (CP, art. 65, III, d), com a consequência de redução da pena, quando as próprias declarações do condenado não coincidiram com o propósito maior do instituto, o de facilitar a atuação da justiça criminal, representaria, por certo, verdadeiro contrassenso.** 2. No caso, o paciente assumiu a propriedade da substância entorpecente para fins de consumo próprio, dissimulando o propósito da traficância, reconhecido ulteriormente em sentença condenatória. 3. Ordem denegada ¹⁷⁸.

E:

¹⁷⁶ Revisão Criminal n. 2015.054863-0, de Palhoça, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 25/11/2015.

¹⁷⁷ HC 74148, rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, j. 17/12/1996.

¹⁷⁸ HC 135.345, rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 26/10/2016 – sem grifo no original. Ver também: HC 103.172, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 10/09/2013, publicado em 24/09/2013.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, D E I. ROL TAXATIVO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ART. 121, § 2º, I E IV, DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO INCIDÊNCIA. TESE DA EXCLUSÃO DE ILICITUDE. CONFISSÃO QUALIFICADA. DECISÃO PLENAMENTE FUNDAMENTADA. ORDEM DE HABEAS CORPUS EXTINTA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. **1. A confissão qualificada não é suficiente para justificar a atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal (Precedentes: HC 74.148/GO, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 17/12/1996 e HC 103.172/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 24/09/2013).** 2. In casu: a) O paciente foi condenado à pena de 16 (dezesesseis) anos de reclusão em regime inicial fechado, pela prática do crime de homicídio duplamente qualificado, por motivo torpe e utilizando recurso que impossibilitou a defesa da vítima, em razão de ter efetuado disparos de arma de fogo contra a vítima, provocando-lhe lesões que deram causa à sua morte. **b) Conforme destacou a Procuradoria Geral da República, “consoante se depreende da sentença condenatória, a atenuante da confissão não foi reconhecida porque ‘o réu admitiu a autoria apenas para trazer sua tese de exclusão de ilicitude’.** Por sua vez, o Tribunal de Justiça ressaltou que ‘não houve (...) iniciativa do apelante em confessar o delito’, sendo assim, não há como falar em constrangimento ilegal manifesto”. **3. A aplicação da atenuante da confissão espontânea prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal não incide quando o agente reconhece sua participação no fato, contudo, alega tese de exclusão da ilicitude.** 4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição Federal, sendo certo que a presente impetração não está arrolada em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. Inexiste, no caso, excepcionalidade que justifique a concessão, ex officio, da ordem. 5. Ordem extinta por inadequação da via processual ¹⁷⁹.

Extrai-se, ainda, do corpo deste último julgado:

A atenuante genérica da confissão espontânea encontra justificativa no “interesse de política processual em facilitar a apuração do ilícito através da confissão que é um dos elementos decisivos de prova, uma vez obedecido o princípio do devido processo legal.” Tem “como objetivo colaborar com o Judiciário na elucidação da verdade real” (HC 101.861, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe de 09/05/2011).

Destarte, a confissão espontânea somente pode ser reconhecida em harmonia com os fatos, de modo que se o réu confessa a prática de um homicídio, não pode ser beneficiado com atenuante se vier a sustentar a tese de legítima defesa.

Verifica-se, na espécie, que a confissão qualificada, elencada em teses que visem a exclusão de ilicitude, ou seja, defensivas, não são suficientes para ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal.

Todavia, ainda desse último julgado, destaca-se o voto vencido do Ministro Marco Aurélio, que manteve o mesmo posicionamento do HC 69.479, de 1992, citado alhures:

“[...] o preceito que versa a confissão espontânea não distingue a espécie de confissão. Para que fique configurado o fenômeno, basta que o acusado admita a prática delituosa. Foi o que ocorreu. Agora, se, posteriormente, a partir dessa

¹⁷⁹ HC 119.671, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 05/11/2013, publicado em 03/12/2013 – sem grifo no original.

espontaneidade, veio a veicular certa tese para excluir a ilicitude, esse fato não apaga a confissão. O que se quer com a atenuante é a elucidação do crime, ou seja, a elucidação da autoria”.

Observa-se, logo, que nem mesmo entre os ministros da Corte Suprema de Justiça o tema é pacífico.

Por outro lado, mas também após grandes oscilações em suas decisões, o STJ, recentemente, firmou entendimento no sentido de reconhecer o caráter atenuante da confissão, independentemente da sua espécie, se ela foi utilizada para embasar a condenação, ao editar a Súmula n. 545, objeto de análise em item posterior.

4.3 AS RESTRIÇÕES LEGAIS, DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS À INCIDÊNCIA DA CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL RETRATADA EM JUÍZO NA DOSIMETRIA DA PENA

4.3.1 Restrições legais

Quanto aos possíveis óbices legais aplicados à configuração da confissão extrajudicial retratada em juízo como atenuante de pena, remete-se à leitura do tópico 4.2.1, evitando-se tautologias, pois, do mesmo modo que a confissão qualificada, não se verifica no ordenamento jurídico pátrio restrições para que a retratação em juízo reduza a pena do réu confitente. Se o legislador quisesse fazê-lo, certamente tê-lo-ia expresso na lei.

4.3.2 Restrições doutrinárias

Os doutrinadores que entendem ter a retratação o condão de impedir o reconhecimento da atenuante da confissão fundamentam seu posicionamento no mesmo sentido da justificativa aplicada à confissão qualificada, qual seja, da quebra da lealdade processual, de modo que não merece o agente que se retrata em juízo a mesma benesse daquele que permanece com a confissão íntegra até o seu julgamento.

Esses autores acrescentam, ainda, que a confissão realizada na fase inquisitiva não é amparada pelo contraditório, devendo este, como direito fundamental, ser garantido ao agente, que deverá ratificar a confissão na fase judicial.

Nesse sentido, tem-se: Celso Delmanto ¹⁸⁰, Guilherme S. Nucci ¹⁸¹, Rogério Greco ¹⁸², Paulo Queiroz ¹⁸³, Fernando Capez ¹⁸⁴, Paulo Cesar Busato ¹⁸⁵ Paulo José da Costa Jr. e Fernando José da Costa ¹⁸⁶.

Nucci aclara o seguinte:

Outro cenário escorregadio, em matéria de direitos individuais, é a aceitação da confissão, mesmo que haja posterior retratação, como causa atenuante. Ora, sabe-se que as hipóteses de retratação concentram-se, na sua imensa maioria, na seguinte situação: o indiciado confessa a prática do crime na fase extrajudicial (perante a polícia); depois, orientado pelo seu defensor, retrata-se em juízo. Significa, então, que o juiz pode aceitar essa confissão feita na fase do inquérito, como uma das bases para condenar o réu? E assim fazendo, concede a ele a atenuante da confissão? Eis o perigo: se a confissão extrajudicial for aceita formalmente como atenuante, está se conferindo a ela o caráter de prova direta da ocorrência do delito. Cai por terra todo esforço feito pela doutrina – e também pela jurisprudência – no sentido de evitar o valor da confissão policial como se fosse uma confissão feita na presença do magistrado. Igualam-se cenários desiguais e quem perde é o réu. A pretexto de lhe conferir uma atenuante, porque confessou na polícia, retratando-se em juízo, termina-se por condená-lo.

Por outro lado, se a referência à retratação disser respeito apenas ao ato realizado em juízo, ou seja, o acusado confessa em juízo e depois deseja retratar-se, também, para o juiz, ousamos apontar um contexto estranho: o interrogatório, para a imensa maioria dos casos, dá-se ao final da instrução. É o último ato. Como o acusado pode confessar e depois retratar-se? Após a sua confissão, encerra-se a instrução e vem a sentença. Ademais, em décadas de atuação na magistratura, nunca tivemos a oportunidade de acompanhar uma só retratação de confissão anteriormente feita em juízo.

Em suma, a retratação feita em juízo deve prevalecer sobre a confissão extrajudicial e, portanto, inexistente atenuante a ser aplicada ¹⁸⁷.

E Camargo Aranha entende que “a confissão somente pode ser retratada se a vontade do agente ao confessar estiver viciada a ponto de não poder produzir seus efeitos como ato

¹⁸⁰ DELMANTO, Celso [et. al.]. **Código penal comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 283.

¹⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [Minha Biblioteca].

¹⁸² GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, p. 593.

¹⁸³ QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal: parte geral**. 10. ed. rev. ampl. e atual. JusPODIVM, 2014, p. 480.

¹⁸⁴ CAPEZ, Fernando. **Código penal comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 160-161.

¹⁸⁵ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal: parte geral**. 2ª ed., v. 1, São Paulo: Atlas, 2015 [Minha Biblioteca]. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522495771/>>. Acesso em: 30 mai 2017.

¹⁸⁶ COSTA JUNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Código penal comentado**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 301.

¹⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [Minha Biblioteca].

jurídico”. Por esse vício considera o doutrinador o vício de inteligência (erro ou dolo) ou o vício de vontade (coação) ¹⁸⁸.

Porém, há, também, aqueles que entendem que, via de regra, a confissão retratada não tem o condão de diminuir a pena do réu confitente, pelas razões ditas acima; porém, se, em conjunto com as provas apuradas em ambas as fases processuais, embasou a condenação, subsiste a atenuante ¹⁸⁹.

4.3.3 Restrições jurisprudenciais

Quanto à confissão retratada em juízo, embora não unânime o entendimento, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina vem aplicando-a como atenuante somente quando a confissão realizada na fase investigativa tenha influído na elucidação dos fatos: “[...] Aplica-se a atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal) quando a confissão extrajudicial efetivamente serviu para alicerçar a sentença condenatória, ainda que tenha havido retratação em juízo”. ¹⁹⁰

Do mesmo modo que ocorre com a confissão qualificada, a oscilação no posicionamento das Cortes Superiores de Justiça, no tocante ao reconhecimento da confissão retratada em juízo como atenuante de pena, é bastante presente.

O Supremo Tribunal Federal, até pouco tempo atrás, entendia que se a confissão extrajudicial (policial) serviu de base para a condenação e se encontra em harmonia com o conjunto probatório, deve ser admitida como atenuante. Veja-se o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. RÉU QUE SE RETRATOU EM JUÍZO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL QUE EMBASA O DECRETO CONDENATÓRIO. HARMONIA DA CONFISSÃO COM O CONJUNTO PROBATÓRIO. 1. "Toda pessoa acusada de um delito terá

¹⁸⁸ ARANHA, Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 119-120.

¹⁸⁹ DELMANTO, Celso [et. al.]. **Código penal comentado**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 283; MASSON, Cléber. **Código penal comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 362-363.

¹⁹⁰ TJSC, Apelação Criminal n. 2014.075550-0, da Capital, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 14/07/2015. Ver também: TJSC, Apelação Criminal n. 2014.032364-0, de Ibirama, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 23/06/2015. Em sentido contrário, não admitindo em hipótese alguma a redução da pena pela confissão retratada: TJSC, Apelação Criminal n. 2013.088909-7, de Rio Negrinho, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 03/03/2015.

direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:" (...) "g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada" (artigo 14, 3, "g", do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos). Esse efetivo direito a não se auto-incriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do processo acusatório e do direito à presunção de não-culpabilidade. A revelar que o processo é o meio de plena demonstração da materialidade do delito e da autoria. 2. **A confissão extrajudicial retratada em Juízo constitui circunstância atenuante (alínea "d" do inciso III do art. 65 do CP), quando embasar a sentença penal condenatória. O que se deu no caso concreto.** 3. Ordem concedida. (sem grifo no original) ¹⁹¹

Todavia, recentemente, a Corte Suprema exarou seu novo entendimento de que não se beneficia da circunstância atenuante obrigatória da confissão espontânea o acusado que desta se retrata em juízo.

É o que se extrai do seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO EM PATAMAR MÁXIMA E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA: IMPROCEDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E DO REGIME PRISIONAL: POSSIBILIDADE DE REEXAME. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: a retratação em juízo da anterior confissão policial obsta a invocação e a aplicação obrigatória da circunstância atenuante referida no art. 65, inc. III, alínea 'd', do Código Penal.** Não é de se aplicar a atenuante da confissão espontânea para efeito de redução da pena se o réu, denunciado por tráfico de droga, confessa que a portava apenas para uso próprio. 2. Não se presta o habeas corpus para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias invocadas pelas instâncias de mérito para a fixação do patamar da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 3. Este Supremo Tribunal Federal assentou serem inconstitucionais a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a imposição do regime fechado para o início do cumprimento da pena, em caso de tráfico de entorpecente. Precedentes. 4. Ordem parcialmente concedida para determinar ao juízo da execução penal competente na origem que reexamine os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e para a fixação do regime prisional, afastado o óbice do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 ¹⁹². (sem grifo no original)

Quanto ao Superior Tribunal de Justiça, seu atual entendimento está retratado na comentada Súmula n. 545, objeto de discussão do próximo item.

4.4 AS IMPLICAÇÕES DA SÚMULA N. 545 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA INCIDÊNCIA DA CONFISSÃO QUALIFICADA OU RETRATADA EM JUÍZO NA DOSIMETRIA DA PENA

¹⁹¹ STF, HC n. 91.654, rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. 08/04/2008.

¹⁹² STF, HC n. 118.375, rela. Mina. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 08/04/2014, DJe 27/06/2014.

A prática jurídica mostra claramente que a jurisprudência brasileira sofre oscilações nas suas interpretações referentes a casos semelhantes e repetitivos, tornando-se um problema histórico.

E para remediar tais conflitos interpretativos, os Tribunais Superiores editam súmulas, cujos teores representam a interpretação dada em comum dos membros das respectivas Turmas das Cortes sobre determinadas teses, servindo, por sua vez, de norte para os tribunais estaduais aplicarem suas decisões.

Isso não se mostrou diferente quanto aos julgados que discutem o real alcance da confissão na dosimetria penal, como atenuante genérica de pena.

Nesse sentido é que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou, em 14/10/2015, a Súmula n. 545, cujo teor assim versa: “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal”¹⁹³.

Em outras palavras, o entendimento sumulado diz que a atenuante prevista no referido artigo do Código Repressivo deve sempre incidir na dosimetria da pena, em favor do agente, quando sua confissão, mesmo parcial, qualificada ou retratada em juízo, integrar o acervo probatório e embasar a conclusão condenatória¹⁹⁴.

A decisão que originou a Súmula foi proveniente do julgamento do HC 318.184/RJ, de relatoria do Ministro Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC).

No caso, ao julgar a apelação, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro confirmou o teor da sentença condenatória, na qual havia sido afastada a incidência da circunstância atenuante de pena da confissão espontânea do acusado, por se tratar da denominada confissão qualificada.

¹⁹³ **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**, p. 717-718. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2017. Ver precedentes: AgRg no Ag 1242578/SP, j. 06/11/2012, DJE 14/11/2012; AgRg no REsp 1269574/SP, j. 26/05/2015, DJE 02/06/2015; AgRg no REsp 1412043/MG, j. 10/03/2015, DJE 19/03/2015; AgRg no HC 201797/SP, j. 16/12/2014, DJE 02/02/2015; HC 284766/RJ, j. 14/04/2015, DJE 22/04/2015; HC 310569/SP, j. 14/04/2015, DJE 24/04/2015; HC 314944/SP, j. 02/06/2015, DJE 09/06/2015; HC 316798/SP, j. 07/05/2015, DJE 15/05/2015; HC 318184/RJ, j. 26/05/2015, DJE 02/06/2015.

¹⁹⁴ HC 237.252/SP, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26/2/2014.

Pelo entendimento firmado no referido tribunal de justiça, a confissão do acusado no caso teria se dado de modo que este tentou minimizar a sua responsabilidade, uma vez que, apesar de confessar o porte de arma de fogo, teria dito que apenas o teria feito para levar a arma para outra pessoa. Não tendo a citada corte estadual entendido como verídica a justificativa apresentada, acabou por afastar, nesta oportunidade, a circunstância atenuante de pena do artigo 65, III, “d”, do CP. Todavia, ao mesmo tempo, utilizou a Corte Estadual outros elementos extraídos da confissão que entendeu serem verídicos, para condenar e, inclusive, fixar a pena do réu acima do mínimo legal, na primeira fase da dosimetria.

Assim, por meio de habeas corpus, a defesa pleiteou o reconhecimento e a incidência da circunstância atenuante prevista no artigo em comento, tendo em vista que, apesar de considerada qualificada a confissão, elementos extraídos desta foram utilizados na fundamentação da decisão condenatória, inclusive da exasperação da pena mínima na primeira fase dosimétrica, sendo, então, direito público subjetivo do acusado a redução da pena.

Daí o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, mesmo que a confissão apresentada pelo réu não seja considerada como um todo verídica, o que a torna “qualificada”, mas sendo ela utilizada em algum ponto como fundamentação da sentença, seja para o próprio mérito da condenação, ou seja para a dosimetria da pena, haverá a incidência da atenuante em comento.

Outro caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça e que firma o entendimento sumulado foi o que se concedeu *habeas corpus*¹⁹⁵ para reduzir a pena de um réu condenado por roubo de celular no Rio de Janeiro¹⁹⁶. Seguindo o voto do relator, ministro Rogerio Schietti Cruz, a Sexta Turma entendeu que, se houve confissão – total ou parcial, qualificada ou não – e ela foi considerada pelo juiz para embasar a condenação, deveria incidir a respectiva atenuante no cálculo da pena.

No caso, o réu foi condenado a quatro anos e oito meses de reclusão, em regime inicial fechado, porém não foi reconhecida a atenuante da confissão. O relator verificou que a confissão contribuiu para a comprovação da autoria do roubo e que o benefício da atenuante

¹⁹⁵ STJ. HC n. 282.572/RJ, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 16/10/2014, DJe 03/11/2014.

¹⁹⁶ **STJ – confissão parcial usada para condenar não pode ser ignorada como atenuante.** Florianópolis, 23 out. 2014. Disponível em: <<http://boletimjuridico.publicacoesonline.com.br/stj-confissao-parcial-usada-para-condenar-nao-pode-ser-ignorada-como-atenuante/>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

foi afastado porque, embora o acusado tenha confirmado a subtração do celular, ele negou ter ameaçado a vítima.

Segundo o citado relator, o Superior Tribunal de Justiça entende que, se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar as provas e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no artigo 65, III, “d”, do CP, “sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação”.

Uma das razões que fundamentam o posicionamento da Corte é que a atenuante da confissão possui caráter objetivo, não sendo necessário analisar as circunstâncias motivacionais ou fáticas da admissão da autoria. Veja-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ROUBO QUALIFICADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL DO CRIME. ATENUANTE. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO. COMPENSAÇÃO COM AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

[...]

3. A atenuante do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, tem caráter objetivo, configurando-se, tão-somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos. In casu, o Paciente confessou a subtração, logo, ainda que tenha negado a qualificadora do concurso de agentes, impõem-se a aplicação da atenuante.

4. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, após o julgamento do EREsp n.º 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, mantida a condenação, reconhecer a atenuante da confissão espontânea e redimensionar a sanção penal do Paciente, nos termos do voto ¹⁹⁷.

Em que pese a súmula não possuir efeito vinculante, essa nova orientação jurisprudencial implica, necessariamente, uma nova reflexão sobre a possibilidade da incidência da confissão qualificada e da confissão extrajudicial retratada em juízo na dosimetria da pena.

Porém, faz-se uma ressalva. O entendimento sumular não abrange situações em que o réu nega a prática do crime do qual está sendo acusado, admitindo outro. É o que ocorre constantemente quando o réu é acusado da prática do crime de tráfico de drogas, mas o nega, admitindo a propriedade da droga apenas para consumo próprio.

Como já visto, a confissão qualificada é aquela em que o réu reconhece a autoria do crime que lhe é imputado e, concomitantemente, alega ter agido sob o manto de uma causa de exclusão de ilicitude ou culpabilidade. Nessa esteira, a configuração da confissão qualificada pressupõe, antes de mais nada, que o réu reconheça a autoria do fato típico que lhe é imputado e, concomitantemente, invoque uma causa excludente de culpabilidade ou de ilicitude.

Observa-se dos seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSE PARA USO PRÓPRIO. NÃO ADMISSÃO DA ORIGEM ILÍCITA DO BEM. CONFISSÃO TAMBÉM NÃO AFERIDA NA FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 2. Conforme dicção da Súmula 545/STJ, a atenuante de confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha a dela se retratar, quando tal manifestação for utilizada para fundamentar a sua condenação. 3. No que tange à condenação pelo delito de tráfico de entorpecentes, a jurisprudência desta Corte é assente que a confissão espontânea do réu de ser mero usuário de drogas não induz a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal (Precedentes). 4. Em relação ao crime de receptação, tem-se decidido que "se em momento algum o paciente reconheceu que sabia que os bens revendidos tinham origem ilícita, não há que se falar em confissão e, pois, em incidência da atenuante prevista na alínea 'd' do inciso III do art. 65 do Código Penal" (HC 233.970/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 8/5/2012, DJe 17/5/2012). Ademais, além de a paciente ter negado a prática do delito de receptação, pois não confessou ter ciência da origem ilícita do bem objeto de furto, o Magistrado processante amparou sua convicção condenatória em outros elementos probatórios produzidos nos autos, a saber os demais depoimentos testemunhais colhidos durante a instrução probatória, o que reforça a impossibilidade do reconhecimento da pretendida atenuante. 5. Habeas corpus não conhecido (sem grifos no original) ¹⁹⁸.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OFENSA. TEMA PACÍFICO NESTA CORTE. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. INAPLICABILIDADE. ALEGAÇÃO DE SER MERO USUÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Não ofende o princípio da colegialidade a prolação de decisão monocrática pelo relator, quando estiver em consonância com súmula ou jurisprudência dominante desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 2. Segundo entendimento consolidado desta Corte, a confissão espontânea do agente, condenado pelo delito de tráfico de drogas, de que possuía a substância entorpecente por ser mero usuário não induz a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal (Precedentes). 3. Agravo regimental não provido (sem grifos no original) ¹⁹⁹.

Portanto, conforme o Superior Tribunal de Justiça, “a incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não sendo apta para atenuar a pena a mera admissão da propriedade

¹⁹⁸

HC 327.758/MS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 07/03/2017, DJe 15/03/2017.

¹⁹⁹

AgRg no REsp 1.532.833/MG, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 18/10/2016, DJe 09/11/2016.

para uso próprio”²⁰⁰. A justificativa para tanto beira a compreensão de que, nesses casos, não ocorre a admissão pelo agente da autoria do fato que lhe foi imputado.

Tal entendimento foi também firmado na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO EM PATAMAR MÁXIMO E DA ATENUANTE DA CONFESSÃO ESPONTÂNEA: IMPROCEDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E DO REGIME PRISIONAL: POSSIBILIDADE DE REEXAME. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: a retratação em juízo da anterior confissão policial obsta a invocação e a aplicação obrigatória da circunstância atenuante referida no art. 65, inc. III, alínea 'd', do Código Penal. Não é de se aplicar a atenuante da confissão espontânea para efeito de redução da pena se o réu, denunciado por tráfico de droga, confessa que a portava apenas para uso próprio. (...) 4. Ordem parcialmente concedida para determinar ao juízo da execução penal competente na origem que reexamine os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e para a fixação do regime prisional, afastado o óbice do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 (grifei)²⁰¹.

Numa primeira análise, poder-se-ia contra-argumentar que, embora a intenção do Superior Tribunal de Justiça seja boa, é só o magistrado dizer que a confissão não ajudou na convicção condenatória, bastando as demais provas, que a atenuante não é aplicada. Porém, a Corte Superior já se pronunciou no sentido de que a mera afirmação pelo magistrado de que as demais provas seriam suficientes para condenar o recorrente, a despeito da confissão, não autoriza a exclusão da atenuante se esta efetivamente ocorreu e foi utilizada na formação do convencimento do julgador²⁰².

Feita essa análise sobre a incidência da Súmula n. 545 da Corte Superior de Justiça, destacar-se-ão, na sequência, argumentos que se dirigem à possibilidade das confissões qualificada e extrajudicial retratada em juízo incidirem na dosimetria da pena, além da melhor forma de quantificação ou dosagem delas, ante as suas peculiaridades frente às demais espécies de confissão.

²⁰⁰ HC 355.593/MS, rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, DJe 25/08/2016.

²⁰¹ HC 118.375, rela. Mina. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 08/04/2014, DJe 27/06/2014.

²⁰² STJ, REsp 1.183.157/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 16/10/2012.

4.5 A POSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DA CONFISSÃO QUALIFICADA E DA CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL RETRATADA EM JUÍZO NA DOSIMETRIA DA PENA E A QUANTIFICAÇÃO DA DIMINUIÇÃO DA PENA

4.5.1 A possibilidade da incidência da confissão qualificada e da confissão retratada em juízo na dosimetria da pena-base

Nos tópicos anteriores, foram expostos os argumentos encontrados na doutrina e na jurisprudência para inibir a incidência da confissão qualificada e da retratada em juízo na dosimetria da pena. Relembrando, os argumentos resumiram-se à ausência de ânimo do agente em contribuir para o deslinde processual e à demonstração, por meio do referido ato, apenas, do exercício de autodefesa.

Contudo, tais justificativas não se mostram suficientes a obstar a aplicação das espécies de confissão em tela como atenuantes genéricas de pena.

A teoria de base da contra-argumentação a isso é a teoria dos direitos humanos, pois o que se pretende, em um Estado Democrático de Direito, é que não haja restrição à incidência da atenuante da confissão pelo fato de ser esta qualificada ou extrajudicial retratada, uma vez que essa restrição implica aumento do poder punitivo estatal pela via da interpretação.

Nesse sentido, Boschi alerta:

A interpretação restritiva contra o acusado é vedada em direito penal, sendo daí exato concluir que, por não estar condicionada em lei, a atenuante da confissão espontânea pode e deve ser reconhecida sempre que o acusado colaborar com as autoridades e, com a sua conduta, demonstrar sensibilidade ética e disposição de assumir a responsabilidade pela sua conduta²⁰³.

E, também, Roig:

Uma nova proposta discursiva da injunção pena, com arrimo na hermenêutica constitucional, sustenta que as disposições que compõem a tendência mitigadora da pena (atenuantes e causas de diminuição de penas), além, é claro, das circunstâncias judiciais, dão valiosas fontes normativas de contenção do poder punitivo, devendo, portanto, ser analisadas de forma sistêmica no Código Penal e na Constituição Federal, de modo a permitir em sua aplicação e interpretação a máxima efetividade redutora da pena.

²⁰³

BOSCHI, José Antonio Pagnella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 237.

O primeiro componente da tendência mitigadora é a circunstância atenuante da pena. Uma nova concepção parte da premissa de que as atenuantes de apenamento (sancionabilidade) estatal, seja por uma reduzida gravidade da conduta ou do resultado, seja pela incidência de uma hipótese jurídico-constitucional de redução da pena, oriunda da afetação ao núcleo de um direito fundamental do apenado, por parte do Estado.

Tal redução da sancionabilidade estatal desautoriza o Estado-Juiz a estabelecer limitações desarrazoadas à diminuição da pena. Primeiro porque se o poder sancionatório estatal encontra-se adstrito à própria “menor entidade lesiva” do fato – evidenciada pela presença da atenuante –, considerá-la significa habilitar a incidência do poder punitivo para além do marco constitucional traçado pelo princípio material da lesividade. Em segundo lugar, estaria o Estado-Juiz inobservando seu dever jurídico-constitucional de minimização da intensidade da afetação do indivíduo, consectário do princípio da humanidade, que sempre deve pautar a tarefa de injunção da pena privativa de liberdade²⁰⁴.

Não se poderia deixar de mencionar, também, que o não reconhecimento da atenuante da confissão, nesses casos, para reduzir a pena do réu, viola a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), da qual o país é signatário, no seguinte item destacado:

Artigo 8º - Garantias judiciais

[...]

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e [...]

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

Nesse sentido, uma vez que é plenamente assegurado à pessoa o direito de não depor contra si, nem a se declarar culpada no processo, por que se deve impor (mesmo que indiretamente, “prometendo-se” o benefício da redução da pena) a ela que, afora ter admitido a autoria do fato criminoso, essa admissão necessita conter os detalhes do delito e da sua intenção criminosa?

A pessoa, ao admitir a autoria delitiva, já está abrindo mão de um direito fundamental seu e se pondo em situação mais vulnerável à acusação. Querer, ainda, que ela não avenge alguma justificativa discriminante, seria retirar, só que agora contra a sua vontade, esse mesmo direito pela segunda vez. Mesmo que falsa seja essa justificativa. É um direito de toda e qualquer pessoa.

²⁰⁴

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 206.

O Estado se atribui um poder alarmante de acusar, fiscalizar, penalizar (e executar a pena), investigar os particulares, entre outras medidas, e, para tanto, possui um grande arsenal de instrumentos preventivos e repressivos que permitem fazer valer a sua vontade, esta justificada na garantia do interesse público e na manutenção de uma “boa” sociedade. Assim, o direito de não se autoincriminar, na realidade, é plenamente oponível ao Estado, a qualquer de seus Poderes e aos seus respectivos agentes e órgãos. Atua, assim, como fator de limitação das próprias atividades de investigação e de persecução desenvolvidas pelo Poder Público.

Em outras palavras, o princípio constitucional da não-autoincriminação constitui uma barreira intransponível ao direito à prova da acusação, e sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis de repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção do exercício da função jurisdicional.

Somado a isso, tem-se que a individualização da pena, segundo o art. 5º, incisos XXXIX e XLVI, da Constituição Federal, encontra seus limites na lei ordinária. Por isso, é inconstitucional deixar de observar os limites legais, por violar os princípios da pena determinada e da sua individualização, incluindo-se nessa vedação *deixar de aplicar atenuante legal*, pois o art. 65 determina que as atenuantes “são circunstâncias que *sempre* atenuam a pena”. Isto é, a aplicação das atenuantes é obrigatória.

Portanto, o Estado não possui legitimidade alguma para retirar do cidadão um direito fundamental seu, devendo se valer dos instrumentos investigativos que possui para aferir a culpa do agente.

Noutro norte, consoante os precedentes da Corte Especial de Justiça anteriormente destacados, a confissão tem caráter objetivo, ou seja, não necessita a análise de quaisquer circunstâncias que denotem arrependimento ou que o confitente alegue situação que possa excluir ou minimizar a imputação.

O preceito que dispõe sobre a confissão espontânea não distingue as suas espécies. Para que fique configurado o fenômeno, basta que o acusado admita a prática delituosa. Agora, se, posteriormente, a partir dessa espontaneidade, esse veio a se retratar, ou a veicular certa tese para excluir a ilicitude/culpabilidade, esses fatos não apagam a confissão. O que se quer com a atenuante é a elucidação da autoria do crime.

A atenuante do art. 65, III, “d”, do CP, refere-se, expressamente, à mera confissão de autoria, não podendo o julgador restringir a sua aplicação às confissões de condutas típicas, antijurídicas e culpáveis, sob pena de violação do princípio da legalidade.

Assim, tanto vulnera a lei aquele que exclui do campo de aplicação hipótese contemplada como quem inclui requisito nela não contido.

Vale a lição de Queiroz:

[...] confessar a autoria do crime não significa necessariamente confessar um fato típico, ilícito e culpável, e sim confessar-lhe a materialidade e autoria. Assim, por exemplo, se o agente, embora confessando a prática do fato e sua autoria, alega uma excludente de ilicitude ou culpabilidade (v.g., legítima defesa ou erro de proibição inevitável), parece justo reconhecer a atenuante, se vier a ser eventualmente condenado. Mas esse é um assunto controvertido ²⁰⁵.

No mesmo sentido, Delmanto, citando Luiz Carlos Betanho, afirma que “‘confessar a autoria não é o mesmo que confessar o crime; para a atenuante basta a confissão da autoria, e não impede sua aplicação o fato de o réu ter negado parte da imputação ou invocado excludente de ilicitude’ (RT 683/281)” ²⁰⁶.

Um julgado que reporta bem esse entendimento é o REsp n. 711.026/RS:

O art. 65, inc. III, alínea d, do Código Penal, modificado pela Lei n.º 7.209/84, não ressalva para configuração da atenuante que confissão seja completa, explicitando todas as circunstâncias do crime ou que seja movida por um motivo moral, que demonstre o arrependimento do acusado ou, ainda, que influa decisivamente para a condenação. É, aliás, o que se infere da leitura do disposto no art. 65, inc. III, alínea “d”, do Código Penal, in verbis :

“Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

III - ter o agente:

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;”

Como se observa, o referido dispositivo preceitua que a confissão espontânea sempre atenuará a pena, **possuindo caráter meramente objetivo**, porquanto a lei não limitou sua aplicação com a imposição de critérios subjetivos ou fáticos.

Ressalte-se, tão-somente, que o texto legal menciona o verbete “espontaneamente”, ou seja, deve ser baseado na livre vontade do agente, que faz por si mesmo a confissão da autoria do crime, sem constrangimento ou incitação de outrem.

Na espécie, não há como negar a espontaneidade da confissão que foi, ainda, considerada pelo Juízo Monocrático quando da condenação do Paciente, in verbis :

“O acusado, como já referido, negou ter proferido agressões contra a vítima. Ao ser interrogado em juízo (fl. 56), disse que apenas passou correndo e puxou sua bolsa, e que a vítima é que bateu numa placa de sinalização e caiu no chão. Disse que após arrebatar a bolsa da vítima, correu com ela e foi pego um pouco adiante pela Brigada Militar, quando já tinha escondido a bolsa no mato, indicando o local para que

²⁰⁵ QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**: parte geral. 10 ed. rev. ampl. e atual. JusPODIVM, 2014, p. 480.

²⁰⁶ DELMANTO, Celso [et. al.]. **Código penal comentado**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 283.

pudesse ser recuperada. Disse que foi correndo até sua casa sendo perseguido pelos policiais." (fl. 92)

In casu, o Paciente confessou o crime de roubo, logo, ainda que tenha negado o emprego de violência contra a vítima, impõem-se a aplicação da atenuante.

Confira-se, nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. SISTEMA TRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DA PENA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM IMPROCEDENTE. CONFISSÃO PARCIAL E PRIMARIEDADE DO PACIENTE. LEI Nº 9.455/97. CRIME HEDIONDO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA INTEGRALMENTE FECHADO. A sentença condenatória atendeu plenamente ao denominado sistema trifásico de aplicação da pena. A qualificação do paciente como mentor intelectual da ação criminosa não caracteriza bis in idem, eis que admitida como circunstância agravante. Para a exacerbação da pena-base, levou-se em conta a personalidade e a conduta social desabonadoras do agente. **A confissão espontânea, ainda que parcial, é circunstância que sempre atenua a pena, ex vi do artigo 65, III, d, do Código Penal, o qual não faz qualquer ressalva no tocante à maneira como o agente a pronunciou.**

Nesta parte, merece reforma a decisão condenatória. Precedentes. A primariedade, sendo atenuante facultativa-inominada, permite ao juiz considerar aspectos outros que imputem maior culpabilidade ao réu, tornando incompatível a incidência dessa atenuante. O tratamento dado ao crime de tortura pela Lei nº 9.455/97, que prevê o regime inicialmente fechado de cumprimento de pena, não se aplica aos demais crimes hediondos, permanecendo inalterado o tratamento dispensado pela Lei nº 8.072/90. Precedente. Pedido parcialmente deferido, a fim de que seja reconhecida, pelo 82337/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 04/04/2003 – nossos os grifos.) [...] ²⁰⁷.

E ainda, o julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

A confissão espontânea que foi importante para o esclarecimento da autoria, servindo de fundamento para a condenação, deve ensejar a aplicação da atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal, ainda que o agente tente justificar a conduta aduzindo a prática do crime sob o pálio da legítima defesa. – A confissão espontânea se esgota com o ‘sim’ do agente quanto à admissão de ter ele desferido os golpes letais contra a vítima, momento em que se descortina a autoria do delito ²⁰⁸.

E do Tribunal de Justiça do Paraná: “A atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida ao réu, mesmo quando confessa a prática criminosa amparada em teses defensivas. Precedentes do STJ” (AC 1296363-8, 1.ª C.C., rel. Campos Marques, 30/04/2015, v.u. ²⁰⁹).

Assim, a simples postura de reconhecimento da prática do delito e, portanto, da responsabilidade, atrai a observância – por sinal obrigatória – da regra insculpida na alínea “d” do inciso III do artigo 65 do CP”.

²⁰⁷ STJ, REsp 711.026, rela. Mina. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 09/08/2005.

²⁰⁸ Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0708.13.001556-1/001, 4.ª Câmara Criminal, rel. Júlio Cezar Guttierrez, j. 10/02/2015. In: NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**, 2015 [Minha Biblioteca].

²⁰⁹ In: NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**, 2015 [Minha Biblioteca].

Acrescenta-se a isso que foi exposto o caráter da retratabilidade e da divisibilidade da confissão, já conceituados em capítulo anterior. Ante a previsão no ordenamento jurídico como um direito do acusado, a retratação jamais poderá ser indeferida pelo juiz, sob pena de cerceamento de defesa. O que não quer dizer que o magistrado obrigatoriamente deverá acatá-la. Restar-lhe-á, na verdade, analisar a veracidade de suas razões, conforme seu livre convencimento, considerando sempre as provas produzidas no processo ²¹⁰.

Da mesma forma quanto à eventual alegação de excludentes de ilicitude ou culpabilidade. O juiz, por exemplo, poderá acreditar na versão do réu de que atirou na vítima, ceifando-lhe a vida, mas não se convencer de que agiu em legítima defesa. Uma vez existindo outras provas que demonstrem ser o acusado o autor do delito, a confissão qualificada pode ser cindida, aproveitando-se o teor do relato quanto à admissão da autoria, e rejeitando-se a alegação da excludente de ilicitude, pois não comprovada nos autos. Logo, ao contrário do que alguns doutrinadores falam, terá havido confissão e nem por isso ocorrerá algum benefício ao acusado, que restará condenado.

Nesse sentido, para Nucci, a confissão é sempre uma declaração em prejuízo de quem a faz, mesmo no caso da confissão qualificada. Diz esse autor que, quando o confitente

admite a prática de um delito, está, de algum modo trazendo a si um prejuízo, mesmo que seja para, futuramente, tentar excluir sua culpa. Se ele não fosse acusado ou suspeito, não teria de confessar. Mas justamente porque está em situação delicada, sofrendo uma investigação ou processo, é que pode querer confessar. Seu ato, pois, mesmo que tenha o condão de buscar livrá-lo da imputação (no caso da confissão qualificada), não deixa de fornecer argumentos ao Estado-acusação, visto que um dos atributos da confissão é sua divisibilidade²¹¹.

Nessa linha, mister destacar o entendimento de Lopes Júnior, pois, muito embora esse autor critique o entendimento predominante na jurisprudência de que o juiz pode formar seu convencimento a partir da confissão obtida na fase policial, crendo que somente a confissão feita em juízo pode ser utilizada no julgamento, há se concordar com sua lição, no sentido de

²¹⁰ É importante ressaltar que não há ilegalidade na valoração pelo juiz da confissão realizada na fase policial e posteriormente retratada em juízo. Isso em razão de que o art. 155 do CPP veda apenas a utilização exclusiva de elementos investigativos na fundamentação da decisão. Assim, a confissão extrajudicial, quando corroborada pelos demais elementos constantes nos autos, mesmo que retratada em juízo, detém força probatória, podendo contribuir para a prolação do édito condenatório. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp n. 1.312.089/AC, rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 22/10/2013, DJUe de 28/10/2013; e STJ, AgRg no AREsp 277.963/PE, rel. Mina. Assusete Magalhães, Sexta Turma, j. 16/04/2013, DJe 07/05/2013. Dito isso, a confissão extrajudicial regularmente testemunhada, não obstante retratada em juízo, mas corroborada pelos elementos de provas coletados na fase judicial, quando elevada em consideração pelo julgador na sentença, deverá ser considerada como um dos elementos que embasaram a condenação, o que conduz a necessidade de seu reconhecimento como uma circunstância atenuadora da pena

²¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 82.

que se a confissão policial, retratada em juízo, é utilizada na fundamentação da condenação, não deve afastar a incidência da atenuante de pena ²¹².

Destaca-se a sua seguinte lição:

Como a confissão “policial” pode valer como prova, mas, ao mesmo tempo, não servir como causa de atenuação da pena, ainda que assim disponha categoricamente o art. 65, III, “d”, do Código Penal? Eis a contradição. Pensamos que ou a confissão policial (quando o réu se retrata em juízo) vale, tanto em termos probatórios como também para atenuação da pena, ou ela não vale (nem como prova nem como atenuante). O que não podemos admitir é essa construção híbrida (vale para prejudicar, mas não para beneficiar) ²¹³.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

Há evidente ilegalidade se o Tribunal de origem utilizou a confissão extrajudicial do paciente para embasar a condenação concluindo que a retratação feita em juízo era dissonante das demais provas, mas deixou de reconhecer a atenuante genérica da confissão espontânea [...] ²¹⁴.

Portanto, justificável, por esse ponto, a aplicação da atenuante de pena da confissão, mesmo que na forma qualificada e retratada, visto ainda haver prejuízo ao réu na parte em que sua confissão contribuiu para desvendar que foi ele o autor do crime.

Se não bastasse, a atenuante da confissão espontânea é vista como verdadeiro “serviço à Justiça”, uma vez que simplifica a tarefa do magistrado, emprestando-lhe segurança e tranquilidade para decidir a demanda. Tão logo, nada mais justo beneficiar aquele que confessa a autoria, independente do que mais alegar ou das finalidades que o motivaram (como para apenas ter sua pena reduzida).

Essa circunstância legal genérica é direito subjetivo do réu. Fundamenta-se na política criminal, a fim de facilitar a apuração da autoria do crime e evitar erros judiciários. Assim, para sua incidência, é necessário o preenchimento simultâneo de dois únicos requisitos: a) que a confissão da autoria seja espontânea e b) seja perante autoridade criminal.

Como visto, o Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai da sua Súmula 545, entende que a confissão deve, pelo menos, ter contribuído para a fundamentação do *decisum* condenatório, entendimento a que se filia, uma vez que não se busca aqui a concessão de benefícios ao agente sem que este tenha feito algo a merecê-lo. Busca-se, de fato, o

²¹² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 459-460.

²¹³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 460.

²¹⁴ HC 112.623/MG. Rel. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. DJe 15/06/2011.

verdadeiro cumprimento da razão pela qual a atenuante da confissão foi elencada pelo legislador, diga-se, de facilitar o desfecho da ação penal, alcançando-se a verdade dos fatos.

Analizadas as razões que fundamentam a possibilidade da confissão qualificada e da retratada incidirem como atenuantes genéricas de pena, passa-se a expor a melhor forma de quantificação ou dosagem de diminuição da pena pela incidência delas ante as suas peculiaridades em relação às demais formas de confissão.

4.5.2 A quantificação ou forma de dosagem da diminuição da pena em face das suas distinções em relação às demais formas de confissão

Conforme toda a exposição de argumentos realizada ao longo deste item, conclui-se pela possibilidade de a confissão qualificada e a confissão retratada em juízo se enquadrarem na hipótese do art. 65, III, “d”, do CP, incidindo, portanto, na dosimetria penal como atenuantes genéricas de pena.

Contudo, certamente, deve haver uma diferenciação no *quantum* de diminuição, a fim de que o instituto não tenha sua finalidade deturpada, ou seja, possa beneficiar igualmente o agente que confessa integralmente a autoria dos fatos pelos quais foi acusado, contribuindo para o deslinde processual, em contrapartida àquele que o faz parcialmente.

Conforme destacado no item 3.4.2 deste trabalho, como não há um patamar legal fixo de diminuição de pena aplicado nas atenuantes genéricas, a doutrina e a jurisprudência vêm utilizando como referência a fração máxima de 1/6 (um sexto), analisando se há fundamentação adequada do magistrado, caso seja aplicada fração diversa.

Nessa toada, sustenta-se a viabilidade de se analisar cada caso particularizado e que a situação fática em que houve uma confissão qualificada ou uma retratação em juízo não seja favorecida por patamar superior a 1/6 (um sexto) – este reservado à confissão simples e completa, realizada em juízo –, mas sim por patamar menor, correspondente à influência que os dados declarados na admissão tiveram no contexto probatório e na convicção do magistrado.

Todavia, em que pese o argumento, o Superior Tribunal de Justiça já aplicou, em recente julgado, a fração de 1/6 (um sexto) de redução da pena para a atenuante da confissão, mesmo parcial, conforme o seguinte trecho destacado da ementa:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA BASE ACIMA DO PISO LEGAL. AUMENTO EXCESSIVO PELA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVAMENTE VALORADA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. ATENUANTE RECONHECIDA. PENA REDUZIDA AO PISO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE REPRIMENDA INFERIOR AO MÍNIMO ESTABELECIDO PELO PRECEITO SECUNDÁRIO DO TIPO PENAL. SÚMULA/STJ 231. REGIME FECHADO MANTIDO. DETRAÇÃO DE REGIME NÃO ANALISADA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório. 3. No que se refere à exasperação da pena base, verifica-se que o aumento pelas consequências do crime não se baseou exclusivamente no prejuízo patrimonial suportado pelo pequeno estabelecimento comercial, mas, também, no temor causado à vítima, que ainda sente muito medo, mesmo decorridos mais de dois anos desde a época da prática delitiva. Assim, baseando-se no consagrado parâmetro de aumento de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância desfavorável, fazendo-o incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime de roubo (6 anos), chega-se ao acréscimo de 9 (nove) meses à pena mínima cominada pelo tipo penal, devendo a reprimenda ser reduzida a 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão. **4. Quanto à segunda etapa do critério dosimétrico, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos.** 5. Hipótese na qual a atenuante da menoridade relativa do réu e a agravante referente à idade da vítima foram compensadas, tendo a reprimenda permanecido inalterada na segunda etapa da dosimetria. Porém, considerando que o agente confessou, ainda que parcialmente, a prática delitiva, deve ser reconhecida a incidência da atenuante do art. 65, III, "d", do Código Penal, o que implica redução da reprimenda em 1/6, devendo ser reconduzida ao mínimo legal, dada a impossibilidade de fixação de pena inferior ao mínimo previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, nos moldes da Súmula/STJ 231. [...] 10. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, a fim de estabelecer a pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, ficando mantido inicialmente o regime fechado, e determinar que o Juízo das Execuções avalie a possibilidade de detração de regime, garantindo ao paciente o direito de aguardar tal apreciação em regime semiaberto, salvo se, por outro motivo, estiver custodiado em meio mais gravoso (sem grifo no original) ²¹⁵.

Indo mais além, o Supremo Tribunal Federal, já aplicou a fração de 1/5 (um quinto) para a confissão verificada parcial:

HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 242, § 2º, I, II, IV E V, DO CPM). DOSIMETRIA DA PENA. AFERIÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 69 DO CPM. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. ATENUANTE DE REPARAÇÃO DO DANO. NÃO INCIDÊNCIA. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA (ART. 72, III, “D”, DO CPM). FRAÇÃO MÍNIMA PROPORCIONAL E ADEQUADA NO CASO. 1. Não é viável, na via estreita do habeas corpus, o reexame dos elementos de convicção considerados pelo magistrado sentenciante na avaliação das circunstâncias judiciais. O que está autorizado é apenas o controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades. No caso, entretanto, não se constata qualquer vício apto a justificar o redimensionamento da pena-base. Precedentes. 2. O efeito devolutivo inerente ao recurso de apelação permite que, observados os limites horizontais da matéria questionada, o Tribunal aprecie em exaustivo nível de profundidade, a significar que, mantida a essência da causa de pedir e sem piorar a situação do recorrente, é legítima a consideração de circunstâncias – no caso, agravantes – antes não consideradas para agravar a pena-base, mas que foram mencionadas na sentença condenatória. 3. No particular, à luz do substrato fático contido na acusação e citado na própria sentença condenatória, o STM entendeu estarem presentes agravantes, sem que com isso tenha havido majoração da pena definitiva aplicada, circunstância que não viola o princípio non reformatio in pejus. Precedentes. 4. Somente parte dos bens subtraídos foi recuperada e, ainda assim, em circunstâncias que não se admite a incidência da atenuante de reparação do dano (art. 72, III, “b”, do CPM), pois ausente o requisito da espontaneidade exigido pela lei, a qual se distingue da mera voluntariedade, essa incapaz de gerar a atenuação da pena. Doutrina. 5. Em se tratando de parcial confissão dos fatos narrados na denúncia, mostra-se proporcional e adequada a fração mínima (1/5) estabelecida a título de atenuante (art. 72, III, “d”, do CPM). 6. Habeas corpus denegado ²¹⁶.

Por outro lado, aplicando fração redutora menor que 1/6 à confissão parcial, destaca-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIA DA DEFESA. DOSIMETRIA. 1) PRIMEIRA-FASE. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. INVIABILIDADE. NATUREZA NOCIVA DO ENTORPECENTE (CRACK) QUE DEMONSTRA A GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA E JUSTIFICA A MAJORAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO) UTILIZADA EXPRESSAMENTE NA SENTENÇA QUE SE MOSTROU PROPORCIONAL AO CASO. QUANTUM, ALIÁS, QUE É PARÂMETRO UTILIZADO POR ESTA CORTE. 2) SEGUNDA-FASE. REQUERIDO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA (ART. 65, III, “D”, DO CP). ACOLHIMENTO. RÉU QUE ASSUMIU A PROPRIEDADE DA DROGA, MAS ALEGOU QUE SERIA UTILIZADA PARA CONSUMO PESSOAL. CARACTERIZAÇÃO DE CONFISSÃO QUALIFICADA QUE PERMITE A APLICAÇÃO DA MENCIONADA ATENUANTE. IMPOSSIBILIDADE, TODAVIA, DE COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CASO CONCRETO EM QUE A CONFISSÃO QUALIFICADA NÃO SE MOSTROU RELEVANTE PARA A FORMAÇÃO DA CONVICTÃO DA SENTENCIANTE SOBRE A PROPRIEDADE DOS ENTORPECENTES.

APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/12 (UM DOZE AVOS). REPRIMENDA REAJUSTADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO ²¹⁷.

Anota-se que esse tipo de dosagem confere poder de discricionariedade ao magistrado, o que não se confunde com arbitrariedade e ilegalidade, que, caso verificadas pelas cortes superiores, devem ser sanadas. Com efeito, tal método respeita o princípio da individualização da pena, na medida em que se verificará o caso particular para aferir o *quantum* de diminuição.

Entretanto, o que vem se percebendo na prática processual penal é que a previsão da confissão espontânea como atenuante genérica de pena não vem surtindo reais efeitos (diga-se, positivos) ao réu confitente. Nesse sentido, Delmanto expõe sua opinião sobre a necessidade do instituto da confissão ser mais bem tratado pelo legislador brasileiro. Pensa o autor que a forma como este se encontra disciplinado na legislação penal (como mera circunstância atenuante) traz, na prática, nenhum ou quase nenhum benefício ao acusado. A proibição de atenuantes genéricas reduzirem a pena abaixo do mínimo legal (Súmula 231 do STJ) é um dos indicativos dessa ineficácia, ao passo que deixa de beneficiar o agente confitente livre de circunstâncias judiciais negativas, enquanto favorece, mesmo que indiretamente, aquele que confessa, mas possui circunstâncias judiciais em seu desfavor ²¹⁸.

Nas palavras do doutrinador, “seria salutar para o próprio sistema que a confissão fosse tratada, em reformulação legislativa, como uma *causa geral de diminuição de pena*, reduzindo-a, por exemplo, de um sexto a um terço” (grifo no original) ²¹⁹; continua:

Aliás, o legislador já tem caminhado nessa direção ao tratar da chamada “colaboração” ou “delação premiada”, a qual exige, contudo, não só a confissão, como também a efetiva colaboração com as autoridades, “revelando toda a trama delituosa”, levando ao “esclarecimento de infrações penais e sua autoria”, com a “identificação dos coautores” e com a “localização dos bens”, “possibilitando o desmantelamento da quadrilha”, “facilitando a liberação do sequestrado” [...] e que em alguns casos chega, chega até a ensejar a isenção de pena [...] ou perdão judicial [...], ou ainda permitir que o Ministério Público sequer denúncia ofereça [...]. ²²⁰

Nessa toada, verifica-se ser esta última sugestão mais palpável e viável de sucesso na aplicação da benesse da redução da pena pela confissão, uma vez que haveria uma efetiva

²¹⁷ Apelação n. 0001722-26.2015.8.24.0026, de Guaramirim, rel. Des. Newton Varella Júnior, j. 04/08/2016.

²¹⁸ DELMANTO, Celso [et. al.]. **Código penal comentado**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 283-284.

²¹⁹ DELMANTO, Celso [et. al.]. **Código penal comentado**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 283-284.

²²⁰ DELMANTO, Celso [et. al.]. **Código penal comentado**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 284.

regulamentação do instituto. Limitar-se-iam as frações mínima e máxima do grau de redução e, por sua vez, seriam evitadas arbitrariedades por parte daqueles magistrados que insistem em aplicar um patamar de redução ínfimo para a confissão, mesmo que simples e completa. Nesse sentido, as penas tornar-se-iam mais justas, na medida em que os condenados confitentes responderiam pelo delito praticado, no limite da sua culpabilidade e participação no processo.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa realizada possibilita as seguintes conclusões:

1. que não há restrições legais à incidência dessa circunstância legal genérica redutora de pena, pois o legislador exigiu, apenas, o preenchimento simultâneo de dois requisitos: a) que a confissão da autoria seja espontânea; e b) seja perante autoridade criminal;

2. que é possível a confissão qualificada e a confissão extrajudicial retratada em juízo incidirem como atenuantes genéricas de pena na dosimetria penal, pois, em um Estado Democrático de Direito, eventual interpretação restritiva implica aumento do poder punitivo estatal pela via da interpretação;

3. que o direito do cidadão de não se autoincriminar atua como fator de limitação do poder atribuído ao Estado, que deve se valer dos instrumentos investigativos que possui para aferir a culpa do agente;

4. que o não reconhecimento da atenuante da confissão, nesses casos, viola a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, uma vez que é plenamente assegurado a qualquer pessoa o direito de não depor contra si, nem a se declarar culpada no processo;

5. que, ao contrário do alegado pela doutrina majoritária, a confissão, mesmo na sua forma qualificada e extrajudicial retratada em juízo, sempre resulta em prejuízo ao réu, enquanto tenha contribuído para desvendar a autoria do crime, valendo-se, portanto, do direito subjetivo de redução da pena, de modo que, nesse viés, a atenuante da confissão espontânea fundamenta-se na política-criminal, ao facilitar a apuração da autoria do crime e, em regra, evitar erros judiciais e, por isso, deve sempre ser aplicada quando constatada;

6. que o aproveitamento dessas confissões na dosimetria penal respeita o princípio constitucional da individualização da pena, na medida em que norteiam a fixação da sanção conforme a culpabilidade e nível participação do agente no deslinde processual;

7. que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 545, acrescentou, ainda, que qualquer que seja a confissão, quando servir de fundamento para a condenação do réu, deverá incidir como atenuante de pena, a fim de que se alcance a finalidade do instituto penal, o que se depreendeu como plausível;

8. que a possibilidade de incidência dessas espécies de confissão na dosimetria penal não conduz à conclusão de que devem ser aplicadas de igual modo que as demais confissões, principalmente a simples e completa, de modo que a quantidade ou forma de dosagem da redução devem ser aplicadas caso a caso, conforme a verificação da contribuição que a confissão realizada pelo agente trouxe para a elucidação dos fatos;

9. que, por não haver um patamar legal de redução de pena para as atenuantes genéricas, e por a jurisprudência brasileira vir aplicando como parâmetro a fração de 1/6 (um sexto), essa fração de redução deve ser aplicada à confissão simples e completa, enquanto que um patamar menor deve incidir pela presença das confissões qualificada e retratada em juízo, conforme a análise do caso concreto e dos seus graus de influência sobre a decisão condenatória; e

10. que seria mais ainda salutar para o sistema criminal que a confissão fosse tratada, em reformulação legislativa, como uma causa geral de diminuição de pena, uma vez que haveria uma efetiva regulamentação e delimitação do instituto, de modo a se limitarem as frações mínima e máxima do grau de redução, evitando-se arbitrariedades na aplicação de patamares de redução ínfimos para a confissão, mesmo que simples e completa, e tornando as penas mais justas, na medida em que os condenados confitentes responderiam pelo delito praticado, no limite da sua culpabilidade e da sua contribuição para o deslinde processo.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Princípios constitucionais aplicáveis às sanções penais**. Florianópolis: Habitus, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 19 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOSCHI, José Antonio Pagnella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, 381 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 nov. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 7 dez. 2015.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 7 dez. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo nº 1242578/SP, j. 06/11/2012, DJE 14/11/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1269574/SP, j. 26/05/2015, DJE 02/06/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1412043/MG, j. 10/03/2015, DJE 19/03/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 1053378/MS, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 20/04/2017, DJe 28/04/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 201797/SP, j. 16/12/2014, DJE 02/02/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.532.833/MG, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 18/10/2016, DJe 09/11/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 277.963/PE, rel. Min. Assusete Magalhães, Sexta Turma, j. 16/04/2013, DJe 07/05/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.312.089/AC, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 22/10/2013, DJUe de 28/10/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 218.249/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 23/09/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 345.402/DF, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 19/12/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 185.036/PE, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 19/12/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 348.783/MG, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 21/11/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 337997/SP, rel. Min. Gurgel De Faria, Quinta Turma, DJe 15/2/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 155077/SP, rel. Min. Marco Aurélio Belizze, Quinta Turma, DJe 29/6/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 311.852/RS, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 20/09/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 171.064/SP. Rel. Celso Limongi. T6. DJe 15.06.2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 112.623/MG. Rel. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. DJe 15/06/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 358.732/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 13/12/2016, DJe 19/12/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 284766/RJ, j. 14/04/2015, DJE 22/04/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 310569/SP, j. 14/04/2015, DJE 24/04/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 314944/SP, j. 02/06/2015, DJE 09/06/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 316798/SP, j. 07/05/2015, DJE 15/05/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 318184/RJ, j. 26/05/2015, DJE 02/06/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 237.252/SP, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26/2/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 275.600/SP, rela. Mina. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 03/12/2013, DJe 19/12/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 327.758/MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 07/03/2017, DJe 15/03/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 355.593/MS, rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, DJe 25/08/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 282.572/RJ, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 16/10/2014, DJe 03/11/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 711.026, rela. Mina. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 09/08/2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 7**. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 231**. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 545**. Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 9 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 121.842/MS, rel. Min. Rosa Weber, DJe 12/05/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 109.545, rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 16/12/2014, DJe 10/02/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 74.148, rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, j. 17/12/1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 135.345, rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 26/10/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 103.172, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 10/09/2013, publicado em 24/09/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 119.671, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 05/11/2013, publicado em 03/12/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118.375, rela. Mina. Cármem Lúcia, Segunda Turma, DJe 27/06/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91.654, rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. 08/04/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 118.375, rela. Mina. Cármem Lúcia, Segunda Turma, j. 08/04/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 127.382/MG, rel. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 05/05/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 127.382/MG, rel. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 05/05/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 129.993/GO, rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 04/04/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 273**. “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: jan. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Criminal nº 1296363-8, rel. Campos Marques, Primeira Câmara Criminal, p. 30/04/2015. In: NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**, 7ª ed. São Paulo: Forense, 2015. [Minha Biblioteca].

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0708.13.001556-1/001, 4.ª Câmara Criminal, rel. Júlio Cezar Guttierrez, j. 10/02/2015. In: NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**, 7ª ed. São Paulo: Forense, 2015. [Minha Biblioteca].

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal (Réu Preso) nº 2015.078327-2, de Brusque, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 15/12/2015. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2014.057080-9, de São Carlos, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 15/12/2015. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2015.059679-6, de Blumenau, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 01/12/2015. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2015.013302-0, de Joinville, rel. Des. Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, Quarta Câmara Criminal, j. 26/11/2015. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.017499-2, de Tubarão, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 20/04/2015. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Revisão Criminal nº 2015.054863-0, de Palhoça, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 25/11/2015. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2014.075550-0, da Capital, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 14/07/2015. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2014.032364-0, de Ibirama, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 23/06/2015. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2013.088909-7, de Rio Negrinho, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 03/03/2015. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação n. 0001722-26.2015.8.24.0026, de Guaramirim, rel. Des. Newton Varella Júnior, j. 04/08/2016. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>.

_____. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**, p. 717-718. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2017.

BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal: parte geral**. 2ª ed., v. 1, São Paulo: Atlas, 2015 [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522495771/>>.

CAPEZ, Fernando. **Código penal comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120). 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Código de Processo Penal e Constituição Federal/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 55 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONVENÇÃO America sobre Direitos Humanos = PACTO de São José da Costa Rica. 22 nov 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 28 mar 2017.

COSTA JUNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Código penal comentado**. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 4 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DELMANTO, Celso [et. al.]. **Código penal comentado**. 9 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. 2. ed. Campinas: Bookselles, 1999.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8 ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de João Daniel Rossi, São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Súmulas criminais do STF e do STJ comentadas**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACHADO, Vinícius da Silva. **Individualização da pena: o mito da punição humanizada**. Florianópolis: Editora Modelo, 2010.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas/SP: Servanda, 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E NEGÓCIOS INTERIORES. **Exposição de motivos do código de processo penal**. Disponível em: <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcppp_processo_penal.pdf>.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**, São Paulo: Atlas, 2004.

_____.; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte geral, arts. 1º ao 120 do CP. 31 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemert, 1879, v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Individualização da Pena**, 7ª ed. São Paulo: Forense, 2015. [Minha Biblioteca].

_____. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**: evolução histórica. Bauru, SP: Javoli, 1980.

_____. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas, 1983.

PINHO. Ruy Rebello. **História do Direito Penal Brasileiro**: período colonial. São Paulo, Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**: parte geral. 10 ed. rev. ampl. e atual. JusPODIVM, 2014.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSSETTO, Enio Luiz. **A confissão no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2001.

SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. Tradução de Thais Amadio. São Paulo: Rideel, 2006. 256 p.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da prova penal constitucional**: incluindo a Lei 12.850/2013 (Lei de Combate às Organizações Criminosas). 2 ed., Curitiba: Juruá, 2014.

STJ – confissão parcial usada para condenar não pode ser ignorada como atenuante. Florianópolis, 23 out. 2014. Disponível em: <<http://boletimjuridico.publicacoesonline.com.br/stj-confissao-parcial-usada-para-condenar-nao-pode-ser-ignorada-como-atenuante/>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.